Die Anrechnung einer Leistung auf einen von mehreren Schuldposten.

Inauguraldissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Juristenfakultät der Landesuniversität Rostock

vorgelegt von

HERMANN DOESSELER
GERICHTSREFERENDAR
aus
Doesselen.

Die Anrechnung einer Leistung auf einen von mehreren Schuldposten.

Inauguraldissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Juristenfakultät der Landesuniversität Rostock

vorgelegt von

HERMANN DOESSELER
GERICHTSREFERENDAR
aus
Doesselen.

AGRAR. LANDBAU. BIBL.

1901

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549210_0056

Benutzte Litteratur.

Begründung zum Entwurfe erster Lesung des bürgerlichen Gesetzbuches Bd. II[1] Stück 27 S. 24 ff.

Behrens, Ernst, die Erfüllung unter Vorbehalt Inaug. Diss. Göttingen 1900.

Beyer, Wie gestaltet sich nach gemeinem Recht die Abrechnung einer von dem Schuldner mehrerer Forderungen ohne nähere Bestimmung gezahlten Summe? Erlanger Dissertation 1888.

Biermann, das Sachenrecht des B. G. B. 1898.

Breit, Mehrheit kompensabeler Forderungen S. 121 des Bd. 10 des sächs. Archivs. 1900.

Cretschmar, Besprechungen der zweiten Lesung des B. G. B. im Archiv für die civil. Praxis Bd. 82 S. 130.

Crome, System des Bürgerlichen Rechts Bd. I. Erste Aufl. 1900.

Dernburg, das bürgerliche Recht II[1]. 1. u. 2. Aufl. 1899.

Dernburg, Pandekten Bd. II. 6. Auflage.

Dernburg, Pfandrecht I. 1860.

Endemann, Bürgerliches Recht. Bd. I. 6. Auflage.

Endemann, Handbuch des Handelsrecht. Bd. III.

Förster-Eccius, Preuss. Privatrecht. Bd. I.

Gebhart, Gutachten aus dem Anwaltstande. Berlin, W. Moeser 1890. S. 270.

Gruchot, die Lehre von der Zahlung. 1871.

Henrici, in Iherings Jahrb. Bd. 14. No. 10, Bd. 32, No. 2 und 5.

Kohler, daselbst Bd. 17, S. 262.

Struckmann, daselbst Bd. 15, No. 5.

Jung, Abrechnung einer Zahlung des Schuldners auf mehrere Geldschulden nach gemeinem Recht. Rostocker Dissert. 1894.

Matthias, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. I. $^3/_4$ Aufl.

Meisner, Commentar zum 2. Buche des deutschen B. G. B. 1898.

Motive zum Entwurfe des B. G. B. Bd. II u. III.

Motive zur Civilprozessordnung.

Örtmann, Kommentar zum Recht der Schuldverhältnisse.

Plank, Bürgerliches Gesetzbuch. Bd. II und I. 1900. 1897.

Rogge, Auf welche von mehreren Forderungen ist eine Zahlung nach gemeinem Rechte anzurechnen? Greifswalder Dissertation. 1899.

Römer, Beiträge zur Lehre von der Erfüllung in Goldschmidt's Zeitschrift. Bd. 8, 1878.

Schingnitz, Paul, Inwieweit ist zur Erfüllung einer Obligation die Mitwirkung des Gläubigers erforderlich? Inaug. Diss. Erlangen 1898.

Schollmeyer, Recht der Schuldverhältnisse, 1. Hälfte, 1900.

Sitzungsprotokolle zum Entwurf zweiter Lesung des B. G. B. Bd. II.

Stammler, Bürgerliches Recht II[1] 1897.

Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuche für das deutsche Reich. 2. Band. Recht der Schuldverhältnisse 1901.

von Vangerow, Pandekten Bd. III. 7. Aufl.

Windscheid, Pandekten Bd. II. 5. Aufl.

Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts unter vgl. Darstellung des bürgerlichen Rechts. 8 Aufl.

Zitelmann, Internationales Privatrecht. B. II.

Entscheidungen der obersten Gerichte.

Seufferts Archiv Bd. 10, 23. Bd. 16, 193.

Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts Bd. 28, S. 936. Bd. 29, S. 686.

Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts, Bd. 22, S. 66. Bd. 23, S. 143. Bd. 24, S. 67. Bd. 13, S. 104.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen. Bd. 13, S. 195. Bd. 16, S. 396. Bd. 29, S. 112.

Abkürzungen.

Ohne weitere Angaben angeführte §§ verweisen auf das bürgerliche Gesetzbuch. — G B. —

A L. R = Allgemeines Landrecht für die Königlich Preussischen Staaten vom 5. II. 1794.

C P O = Civilprozessordnung vom 17. V. 1898.

H G B = Handelsgesetzbuch vom 10. V. 1897.

K O = Konkursordnung vom 17. V. 1898.

W. O = Allgemeine deutsche Wechselordnung.

Stoffanordnung.

Einleitung:

Juristische Natur der Erfüllung.

Ausführung:

A. Vorarbeit: Voraussetzungen, bei deren Vorliegen man von der Frage nach einer Anrechnung sprechen kann.

B. Der Schuldner bestimmt die Art der Anrechnung.

I. Wie, wann und wem gegenüber ist diese Bestimmung zu treffen und rechtliche Natur derselben.

II. Die Folgen dieser Bestimmung.

III. Wie ist die Lage des Schuldners, wenn die Schuld aus Hauptleistung, Zinsen und Kosten sich zusammensetzt.

C. Der Schuldner leistet ohne die Art der Anrechnung zu bestimmen.

I. Wie steht es in solchem Falle mit einem Vorschlage des Gläubigers?

II. Gesetzliche Anrechnungsregeln treten in Kraft.

D. Sind die Vorschriften des bürgerlichen Rechtes betr. die Anrechnung gerechtfertigt?

E. Wie steht es mit der Frage der Anrechnung beim Pfandverkauf, bei der Aufrechnung etc.

Schluss. Die Regelung der Frage nach Verteilung der Beweislast, wenn der Gläubiger behauptet, mehrere Forderungen gehabt zu haben, von denen eine getilgt sei.

I. Bevor wir an die Bearbeitung unserer Aufgabe, die ja von Erfüllungen der Schuldverhältnisse handelt, näher herantreten, erscheint es uns wünschenswert und geraten, sehr im Interesse der Klarheit der Arbeit, sich über die juristische Natur der Erfüllung auseinanderzusetzen und mit sich eins zu werden.

Erfüllung liegt vor, „wenn die geschuldete Leistung an den Gläubiger bewirkt wird“,[1] d. h. wenn die Beschaffung der dem Schuldner obliegenden Leistung bewirkt und dadurch die vollständige Aufhebung des Schuldverhältnisses herbeigeführt wird.

Dass die Leistung zu dem erklärten oder aus den Umständen erhellenden Zwecke erfolgen muss, die Verbindlichkeit zu erfüllen ist im § 362 nicht ausdrücklich ausgesprochen, dürfte sich aber aus den Worten „geschuldete Leistung“ und aus dem Wesen der Erfüllung ergeben.[2] Erfolgt die Leistung z. B. in der Absicht zu schenken, so wird die Verbindlichkeit nicht erfüllt; es kann möglicherweise ein Erlöschen des Schuldverhältnisses eintreten, dann aber nicht infolge der Erfüllung, sondern infolge anderer Gründe, z. B. eingetretener Unmöglichkeit.[3]

Also ist die Erfüllung nicht blos eine thatsächliche Handlung, sondern stets ein Rechtsgeschäft,[4] d. h. eine Willenserklärung gerichtet auf die Hervorbringung eines rechtlichen Erfolges, welcher nach der Rechtsordnung deswegen eintritt, weil er gewollt ist.

Ist die Erfüllung nun ein einseitiges oder zweiseitiges Rechtsgeschäft? „Genügt also zur Erfüllung

[1] § 362.
[2] Plauk, a. a. O. S. 138. Staudinger, a. a. O. S. 106.
[3] Vgl. z. B. Plauk Bd. II. S. 138.
[4] Darüber besteht in der ganzen Litteratur Einigkeit.

die Willenserklärung einer Person, oder müssen zu dem Zwecke die einverstandenermassen auf den Rechtserfolg vereinigten Willenserklärungen mehrerer Personen vorliegen",[1]) muss also der Gläubiger die Leistung als zum Zwecke der Erfüllung erfolgend annehmen?

Dass in gewissen Fällen der Gläubiger bei der Erfüllung mitzuwirken hat, darüber besteht Einigkeit,[2]) nicht aber über den rechtlichen Charakter dieser Mitwirkung,[3]) die herrschende Meinung im gemeinen Rechte[4]) misst in solchen Fällen, so insbesondere bei der Zahlung, der Erfüllung die Natur eines echten Vertrages bei.

Gegen diese Ansicht namentlich Gruchot in den Beiträgen zur Erläuterung des preussischen Rechts Bd. VIII (1864) S. 407; Bad. Annaten 1875. S. 250. No. 22.

Das B. G. B. hat die Entscheidung dieser Streitfrage „mangels eines praktischen Bedürfnisses"[5]) der Wissenschaft überlassen.

Kohler,[6]) Stammler[7]) halten die Ansicht, dass die Erfüllung ein Vertrag sei, deshalb für unrichtig, weil es unzweifelhaft Fälle gäbe, wo die Erfüllung einer Obligation durch ein einseitiges Thun des Schuldners ohne die Mitwirkung des Schuldners erfolge. Die Erfüllung sei lediglich die Erzeugung eines bestimmt geeigenschafteten Effektes, ohne dass es weiter darauf ankomme, in welcher Weise und durch welche Mittel

[1]) Matthias, a. a. O. S. 172.

[2]) Vgl. Schingnitz, a a. O. S. 7 ff.

[3]) Matthias, S. 416.

[4]) Vgl. Savigny-System, Bd. III, S 312, Förster-Eccius, Theorie und Praxis des Preuss. Rechts. 5. Aufl. Bd. I, § 91, Note 6. S. 573. Römer a. a. O. S. 1. R. O. H. G. Bd. 23, S. 143. Bd. 24. S. 67. Gruchot, a. a. O. S. 12.

[5]) Staudinger, a. a O. S. 106.

[6]) a. a. O. 262.

[7]) a. a. O. S. 221. Vgl. auch Dernburg. B. R. S 250

der entsprechende Effekt erzeugt worden sei. Zur Erzeugung dieses Rechtseffektes könne ein zweiseitiges Rechtsgeschäft erforderlich sein, zur Ueberführung des Eigentumes in das Vermögen des Gläubigers, allein hier sei das Rechtsgeschäft erforderlich des Rechtseffektes wegen, nicht des Erfüllungsaktes wegen. Solvere dicimus eum, qui fecit, quod facere promisit.

Diese Ausführungen widerlegen sich m. E. von selbst, denn eben um den Rechtseffekt herbeizuführen ist ein Vertrag erforderlich, die Herbeiführung des Rechtseffektes gehört zur Erfüllung. Stammler[1]) schliesst ferner anscheinend daraus, dass das G. B. im § 305 das allgemeine Erfordernis des Vertragsschlusses nur zur Begründung oder zur Aenderung des Inhalts eines Schuldverhältnisses durch Rechtsgeschäft aufstellt, ohne die Erfüllung zu erwähnen, dass es zur Erfüllung keines Vertrages bedürfe; ich sage nur anscheinend, denn dass sich Stammler auf diesen § für seine Ansicht stützen will, vermag ich nicht zu glauben. Auch seine Anführung, dass man bei Einführung des Vertragsbegriffes zu merkwürdig gehäuften und sich überstürzenden Vertragsschlüssen käme, ist etwas vage und nichtssagend, und ist m. E. kein Beweis gegen die Vertragstheorie.[2])

Der Wortlaut des § 362 scheint auch gegen die letztere Theorie zu sprechen. Aber die Motive[3]) gehen vollständig richtig, wenn sie der Ansicht folgen, dass diese Frage am besten von der Wissenschaft gelöst wird und gelöst werden muss.

Folgendes ist m. E. das Richtige.

Es giebt zunächst eine grosse Zahl von Verbindlichkeiten — Auftrag[4]) — bei denen nicht das geringste

[1]) a. a. O. S. 221.

[2]) Wie Kohler, Stammler, auch Dernburg, a. a. O. S. 250 Vgl. auch Schollmeyer, a. a. O. S. 275, Otto, Sächs. Archiv. Bd. 8, S. 722. Schingnitz, a. a. O. S. 2.

[3]) Bd. II, S. 81.

[4]) Vgl. weitere Beispiele Plauk, a. a. O. S. 140.

seitens des Gläubigers erforderlich ist, damit der Schuldner die Leistung an ihn bewirken kann; ja bei denen der Schuldner ohne Wissen des Gläubigers erfüllen kann. Dann ist der Schuldner befreit, wenn er die geschuldete Leistung an den Gläubiger bewirkt hat, und die Verbindlichkeit ist erloschen, ohne dass der Gläubiger einen entsprechenden Willen erklärt hätte.[1]

Bei einer weiteren Reihe von Verbindlichkeiten ist zwar eine thatsächliche oder auch rechtliche Mitwirkung des Gläubigers erforderlich, es liegt jedoch auch in diesen Fällen bei der Erfüllung kein Vertrag vor, so z. B. bei der Verbindlichkeit zu Diensten, die nach Massgabe einer von dem Dienstberechtigten zu erteilenden Anweisung erfolgen sollen;[2] ferner: A. hat sich ein Paar Schuhe nach Mass bei seinem Schuster bestellt, dieser kann die Schuhe nicht eher machen, ehe er nicht dem A. das Mass für sie genommen hat, doch kann der Schuster dieses thun, wenn dieser minderjährig ist, schläft oder sonst in einem Zustande der Handlungsunfähigkeit ist.

Aber alle übrigen Leistungen und zwar die praktisch wichtigsten, können nur erfolgen, wenn der Gläubiger sie annimmt, damit Erfüllung vorliegen soll, muss immer gefordert werden, dass in solchen Fällen der Gläubiger sich mit dem Zwecke der Leistung, d. i. die Erfüllung, einverstanden erklärt. Es liegt daher notwendig hier immer ein Erfüllungsvertrag vor, wenn die Leistung „Erfüllung“ im Sinne des Gesetzes sein soll.[3] Die häufigsten Fälle sind die, wo die Leistung nur durch Uebergabe — traditio — oder Abtretung —

[1]) Behrens, a. a. O. S. 6, Plauk a. a. O. Staudinger a. a. O. S. 106, auch Matthias, a. a. O. S. 416.

[2]) Vgl. Örtmann, a. a. O. Anm. zu § 362. Behrens, a. a. O. S 7.

[3]) Ebenso Plauk, S. 140; Örtmann, a. a. O. Erläut. zu § 362; Behrens, a. a. O. S. 7. Vgl. Matthias a. a. O. S. 416. Staudinger, a. a. O. S. 106, 107. Crome u. a.

cessio — geschehen kann; z. B. erfolgt in dem Falle, den wir oben besprachen, die Annahme der Schuhe als Erfüllung nicht durch den A., sondern durch seinen gesetzlichen Vertreter.

Wäre die Auffassung richtig, welche die Erfüllung stets als einseitiges Rechtsgeschäft ansieht, so wäre auch in den Fällen, wo vielleicht der Gläubiger die fragliche Geldschuld nicht kennt, und er annimmt, das Geld erhalte er schenkweise, doch erfüllt worden. Und es würde damit dem Gläubiger in Fällen solcher Art die Möglichkeit entzogen, zu entscheiden, ob und wann er die geschuldete Leistung annehmen und dadurch das Erlöschen des Schuldverhältnisses herbeiführen will.[1] Eine solche Entscheidung führte aber für den Gläubiger ev. zu unangenehmen Folgen z. B. § 341 Abs. III, § 363. Mit Recht vermag auch Matthias[2] nicht einzusehen, warum die Zahlungsannahme durch den Minderjährigen nicht die Aufhebung der Forderung nach sich ziehen sollte, (§ 107) wenn man nicht eine auf den rechtlichen Erfolg gerichtete Willenserklärung, sondern nur rein thatsächliche Mitwirkung annimmt.[3]

Bei sämtlichen Schuldverhältnissen, bei denen der Schuldner zu einem „Dare" im technischen Sinne verpflichtet ist, kann er nur erfüllen, wenn der Gläubiger seine Mitwirkung nicht versagt. Weist der Gläubiger zurück, so erfolgt keine Löschung. Zur Herbeiführung des Rechtseffektes der Erfüllung ist ein Rechtsgeschäft des Gläubigers erforderlich, er muss die Leistung annehmen und zwar so, wie sie ihm angeboten ist; sonst ist der Rechtseffekt, d. i. Uebergang des Eigentumes,

[1] Plauk, a. a. O. S. 141.

[2] a. a. O. S. 416.

[3] Stammler, a. a. O. S. 221. Antwort auf diese Frage, dieses erkläre sich genügend aus der vielfach notwendigen Mitwirkung des Gläubigers bei einer ordentlichen Leistung, ist nicht überzeugend.

nicht herbeigeführt. Die Obligation ist erst und nur erfüllt, wenn die Sache, an der das Eigentum verschafft werden soll, dem Gläubiger angeboten und von ihm angenommen worden ist, und beide, Gläubiger wie Schuldner, darüber einig sind, dass Eigentum daran übergehen soll. (929) Eine derartige Mitwirkung zur einseitigen Handlung des Schuldners führt aber mit Notwendigkeit auf den Vertrag.

Nachdem wir so den rechtlichen Charakter der Erfüllung untersucht und festgelegt haben, und uns die Bahn geebnet für eine übersichtliche Darstellung der gesteckten Aufgabe, wollen wir zunächst feststellen, was geschuldet, was geleistet sein muss, damit überhaupt eine Anrechnung in Frage kommen, und Zweifel über die Art dieser Anrechnung entstehen können.

Die Erfüllung erfordert Leistung des Gegenstandes der bezüglichen Schuld; wird nur ein Gegenstand geschuldet, so erlischt das Schuldverhältnis durch Leistung dieses Gegenstandes; ebenso wenn mehrere Verpflichtungen bestehen und das vom Schuldner Geleistete zur Tilgung aller Schulden hinreicht, ohne dass in diesem Falle irgend ein Interesse für jemanden an der Art der Anrechnung vorläge. Also nur, wenn der Schuldner dem Gläubiger aus mehreren Schuldverhältnissen zu gleichartigen Leistungen verpflichtet ist und das von ihm Geleistete zur Tilgung sämtlicher Schulden nicht ausreicht,[1]) entsteht die Frage, wie wird das Geleistete auf die mehreren Schuldposten angerechnet? „Mehrere Schuldverhältnisse“ muss auch das Vorhandensein mehrerer obligatorischer Ansprüche aus einem und demselben Schuldverhältnisse umfassen, z. B. mehrere rückständige Mietzinsraten. Denn jeder solcher Anspruch ist ein Schuldverhältnis. „Ob die mehreren Schuldverhältnisse von vornherein zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner entstanden, oder ob erst nachträglich der Eine oder der Andere in dieselben durch Rechtsgeschäft unter Lebenden oder von Todeswegen eintrat, ist gleichgültig.“[2]) Stammler, welcher

[1]) § 366.
[2]) Schollmeyer, S. 287.

Schuldverhältnis und Forderung streng unterscheidet, tadelt daher die enge Fassung des § 366. „Liegt der Fall so, dass etwa ein Pächter noch mehrere Pachtziele aus demselben Pachtverhältnisse schuldig ist, und er eine Summe Geldes einschickt, die nur zur Begleichung des einen Postens ausreicht, so wird eine analoge Anwendung zweifellos sein.“[1])

Auch gleichartig müssen die geschuldeten Leistungen sein, dazu gehören nicht nur Leistungen von Geld oder vertretbaren Sachen derselben Gattung und Qualität, sondern auch von Exemplaren eines und desselben Genus, wie z. B., „wenn der Schuldner zwei Verträge schloss und sich in jedem zur Lieferung eines Pferdes verpflichtete, ja selbst Handlungen derselben Art, mag die Person des Leistenden dabei bedeutungsvoll sein oder nicht, wie z. B. wenn ein Maler in gesonderten Verträgen die Anfertigung je eines Oelgemäldes unter Vorbehalt der Wahl des darzustellenden Gegenstandes übernahm.“[2]) S. weitere Beispiele bei Römer a. a. O. S. 45.

Wenn nun auch so bei Erfüllungen, die sich als einseitige Rechtsgeschäfte darstellen, eine Anrechnung in Betracht kommen kann, so werden doch Zweifel über die Art derselben schwerlich auftauchen, da hier natürlich der Schuldner die Bestimmung zu treffen hat, oder in Ermangelung derselben die gesetzlichen Bestimmungen Platz greifen werden, wie noch zu zeigen sein wird. Auch ist Henrici mit Recht der Ansicht,[3]) dass nicht leicht bei anderen Schulden als Geldschulden ein Streit darüber entstehen wird, welche Schuld durch

[1]) a. a. O. S. 220. Vgl. S. 215. Dasjenige, was durch eine Leistung aus der Welt geschafft wird, ist nicht sowohl das Schuldverhältnis als solches, als vielmehr die einzelne ihm entspringende Forderung.

[2]) Schollmeyer, S. 287.

[3]) Iherings Jahrb. S. 100

die Leistung getilgt worden, und auch bei keiner anderen Leistung gleich wie bei der Erfüllung solcher Verbindlichkeiten — Zahlung — das Geschäft sich in so mannigfacher Gestalt abwickeln kann, weshalb auch wir uns meistens, wie auch die einschlägige Litteratur es gethan hat, mit solchen zu befassen haben werden.

Setzen sich die einzelnen Schuldposten aus Hauptleistung, Zinsen und Kosten zusammen, so ordnet in solchem Falle § 367 besondere Anrechnungsweise an. Nach dem Wortlaute — ganze Schuld — bezieht sich dieser Paragraph nur auf den Fall, dass die ausser der Hauptleistung geschuldeten Zinsen und Kosten mit ersterer zusammen eine Schuld bilden. „Doch liegt nur ein Sprachgebrauch des Lebens vor, ohne die Absicht zwischen einem einheitlichen, Hauptleistung nebst Zinsen und Kosten umfassenden Schuldverhältnis und denjenigen Fällen zu unterscheiden, in denen es sich um mehrere Ansprüche Anspruch auf die Hauptleistung, Anspruch auf die Zinsen und Anspruch auf die Kosten — handelt.[1]) Letzteres trifft bei den auf selbständigem Fundament beruhenden Vertragszinsen zu, ersteres bei denjenigen Zinsen und Kosten, welche die Natur des Schadenersatzes haben, z. B. Verzugszinsen, die ja nur eine Erweiterung der Hauptschuld sind. Deswegen bezieht sich § 367 sowohl auf Vertragszinsen als gesetzliche Zinsen, — ob die gesetzlichen Zinsen mit einbegriffen waren, war nach gemeinem Recht streitig, aber die herrschende Ansicht bejahte die Frage[2]) — und auch auf solche Kosten, „deren Tragung der Schuldner freiwillig übernommen hatte, z. B. Kosten eines Vergleichs über die Hauptleistung.“[3]) Stammler[4]) sieht diese mehreren Forderungen als ein Schuld-

[1]) Schollmeyer, S. 290.
[2]) Dernburg, Paud. Bd. II. S. 87.
[3]) Schollmeyer, S. 280.
[4]) a. a. O. S. 215 ff.

verhältnis an. „Ohne weiteres ist anzunehmen, dass eine durch eine Zahl bezeichnete Summe gleichartiger, gleichzeitig, unter gleichen Bedingungen zu liefernder Objekte einen einzigen Schuldgegenstand bildet, mag es sich um vertretbare oder nicht vertretbare Sachen handeln.“[1] Das Reichsoberhandelsgericht[2] sah den Verkauf von 125 Oxhoft Kartoffelspiritus für 31 Jahre, à 14440 Quart, lieferbar in fünf Monatsraten vom Januar bis Mai 1872 als ein Geschäft an. „In Zweifelsfällen aber wird man zurückzugehen haben auf die Umstände des Vertragsschlusses und selbst auf dessen erkennbare Beweggründe. Die Einheit des Preises ist nicht entscheidend, es kommt vor, dass mehrere Gegenstände durch denselben Vertrag für einen Preis verkauft werden, welcher der Kürze wegen statt der Einzelpreise ausgeworfen wurde und dass doch der Verkauf der einzelnen Gegenstände in der Vorstellung und Willensmeinung der Vertragsschliessenden etwas Getrenntes war.“[3] [4]

Ferner muss natürlich auch hier Gleichartigkeit von Hauptschulden, Zinsen und Kosten vorliegen. Daher kann nur bei Geldschulden die Anrechnung auf die Kosten in Betracht kommen. Der Begriff der Zinsen ist im G. B. nicht näher präzisiert; vergleicht man die verschiedenen Einzelfälle, bei denen es eine Verpflichtung zur Zinszahlung aufstellt, so ergiebt sich, wie diese gesetzlichen Zinsverbindlichkeiten sich immer nur auf Geldzinsen beziehen, z. B. in den §§ 288, 290, 301, 347, 452, 645. Hieraus aber den Schluss zu ziehen, dass nur bei Geldzinsen Zinsverpflichtungen sich fänden, wäre falsch, vielmehr können u. E. Zinsen, „da an vielen Stellen des G. B. von ihnen soweit allgemein gesprochen wird, z. B. in den §§ 101, 197, 223, 246,

[1] Dernburg B. R. II. S. 104.
[2] Bd. 13. S. 104.
[3] Dernburg B. R. II. S. 104.
[4] Vgl. auch § 469.

248, dass daraus ersichtlich ist, dass der Begriff nicht nur bei Geld, sondern bei allen vertretbaren Sachen Anwendung finden kann,“ [1]) auch dann in Frage kommen, wenn die Hauptschuld auf sonstige vertretbare Sachen gerichtet ist, aber auch nur dann. Zinsen sind demnach die für gewährte oder vorenthaltene Nutzung einer bestimmten Menge vertretbarer Sachen festgesetzte periodische Gegenleistung, die in einer Quote dieses Inbegriffes vertretbarer Sachen besteht.

[1]) Stammler, S. 146.

Ist der Schuldner dem Gläubiger aus mehreren Schuldverhältnissen zu gleichartigen Leistungen verpflichtet und reicht das von ihm Geleistete nicht zur Tilgung sämtlicher Schulden aus, so giebt das G. B. dem Schuldner in § 366 I das Recht, bei der Leistung zu bestimmen, welche Schuld getilgt werden soll. Diese Bestimmung ist, „da sie einer bestimmten anderen Person gegenüber abgegeben werden muss,“[1] eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung. „Durch diese Empfangsbedürftigkeit ergiebt sich eine Einschränkung der zulässigen Erklärungsmittel nur insofern, als der Erklärende seine Erklärung empfangbar zu gestalten hat, d. h. so, dass sie als rechtlicher Ausdruck seines Willens speziell vom Adressaten zur Kenntnis genommen werden kann.“[2] Es genügt aber nicht, dass objektiv die Möglichkeit der Wahrnehmung durch den Adressaten gegeben ist, sondern der Erklärende muss diese Möglichkeit durch sein Verhalten gesetzt haben. Vgl. Plank Bd. I Erl. zu § 130 Anm. 4 und Matthias, a. a. O. S. 185. Die Erklärung kann ausdrücklich wie stillschweigend erfolgen. Die für massgebend erklärte Bestimmung ergiebt sich häufig aus der Art der Zahlung, „insbesondere durch Kongruenz des ohne weitere Bemerkung Gezahlten grade mit einer der mehreren Schuldsummen,“[3] oder aus den die Zahlung begleitenden Umständen, z. B. „wenn der Schuldner einer fälligen Darlehnsforderung von seinem Gläubiger fortlaufend Waren bezieht und diesem regelmässig den Fakturen über die Waren entsprechende Summen schickt müssen die Warenschulden als getilgt gelten.“[4]

[1] Crome S. 391.
[2] Crome, S. 391.
[3] Dernburg, Pand. II. S. 156
[4] Dernburg. B. R. II. S. 265.

Bei der Leistung muss diese Willenserklärung abgegeben werden, hat der Schuldner vor der Leistung eine Bestimmung getroffen, so ist mit Schollmeyer [1]) anzunehmen, dass sich der Gläubiger dieselbe nicht gefallen zu lassen braucht und eine den Vorschriften des § 366 II entsprechende Anrechnung verlangen kann, es sei denn, dass im konkreten Falle stillschweigende Bestimmungserklärung durch den Schuldner bei der Leistung anzunehmen wäre, was wohl meistens zutreffen wird. Daher ist auch in dem Falle, wo der Schuldner schon vor seiner Leistung eine Bestimmung getroffen, bei der Leistung aber eine andere Anrechnungserklärung abgiebt, nur die letztere gültig. Denn da die erste Bestimmung des Schuldners ungültig ist, kann dessen Recht nicht durch diese konsumiert sein. Dass durch eine Bestimmung des Gläubigers der Schuldner in der Ausübung seines Rechtes nicht beeinträchtigt werden kann, ist selbstverständlich, da das G. B. ja dem Schuldner das Bestimmungsrecht gegeben hat.

Zweifel aber können entstehen und sind entstanden, ob beim Vorliegen eines Vertrages zwischen den Parteien über die Art der Anrechnung, trotzdem der Schuldner entgegen der Vereinbarung sein Recht noch wirksam ausüben kann.

Während Plank [2]) die bei der Leistung erfolgte Besimmung, wenn auch diese von der im Vertrage vereinbarten abweicht, für massgebend erklärt, falls der Gläubiger sich insofern derselben fügt, als er die Leistung annimmt, halten Dernburg, Oertmann und Schollmeyer dieselben für ungültig. „Es stehe nichts

[1]) a. a. O. S. 286.

[2]) A. M. Matthias, a. a. O. S. 421. Jede Vereinbarung schliesst das Bestimmungsrecht des Schuldners und sein Recht aus § 366 Abs. II schlechthin aus; vgl. Dernburg, S. 265. Schollmeyer, S. 287 u. Örtmann, Erl. zu § 366.

im Wege in einem solchen Vertrage einen Verzicht des Schuldners auf sein einseitiges Bestimmungsrecht zu erblicken und einen Verzicht des Gläubigers darauf, dass mangels einer Bestimmung des Schuldners bei der Leistung § 366 II zur Anwendung gebracht werde. Ist dieser Vertrag aber gültig, so kommt § 366 nicht in Betracht und es gilt lediglich der Inhalt der Vereinbarung. Zu demselben Resultat führt eine andere Konstruktion. Man kann nämlich sagen, dass der Schuldner in der Vereinbarung sein Recht schon konsumiert habe, zwar steht ihm dasselbe im Interesse des Gläubigers nur bei der Leistung zu, aber diese Beschränkung muss fallen, wenn letzterer sich damit einverstanden erklärt, welches in der Vereinbarung geschehen ist."[1]) Aber bei diesen Konstruktionen wird u. E. übersehen, dass es an entsprechender Zahlungsofferte fehlt; und daher kann der Gläubiger nicht einfach das Gezahlte auf die vertragsmässig bestimmte Forderung anrechnen, denn der animus solvendi des Schuldners richtet sich, wie es sich ja aus seiner Erklärung zeigt, auf eine andere Schuld. Deshalb kann jene nicht getilgt werden; dass aber ein Recht, welches der Schuldner nur bei der Leistung ausüben kann, durch eine vorher abgegebene Willenserklärung konsumiert werde, leuchtet uns nicht ein; und u. E. muss die vom Schuldner bei der Leistung bestimmte Forderung gemäss § 366 I als getilgt angesehen werden. Inwieweit sich der Schuldner durch diesen Vertragsbruch schadenersatzpflichtig macht, entscheidet sich nach den jeweiligen Umständen. Dagegen kann der Schuldner einen bei der Leistung geschlossenen Anrechnungsvertrag nicht in plötzlicher Reue über die abgegebene Erklärung durch eine neue Bestimmung umstossen, denn im Augenblicke des Zustandekommens des Vertrages verbunden mit der

[1]) Schollmeyer S. 287.

Entgegennahme der Leistung seitens des Gläubigers wird die vereinbarte Schuld getilgt.

Ein einseitiger Vorbehalt der Bestimmung, auf welche Forderung angerechnet werden soll, auf einen späteren Zeitpunkt als den der Leistung, muss als dem Gesetze zuwider für wirkungslos bezeichnet werden.

Zweifellos kann dieses aber durch Vereinbarung geschehen, „in welcher dann eine Hinausschiebung der Anwendung des § 366 II liegt, welcher ja auch nur lex dispositiva ist.“[1] Und zwar kann u. E. eine solche Vereinbarung als aufschiebende oder auflösende Bedingung aufzufassen sein. Ist ersteres der Fall, so nimmt der Gläubiger mit der Annahme der Leistung dieselbe nur einstweilen in Verwahrung, es wird credendi, nicht solvendi causa gezahlt. Die Zahlung wird erst perfekt, wenn die vorbehaltene Anrechnungsbestimmung getroffen wird. Bis dahin, dem Eintritte der Bedingung sind die Rechtswirkungen in der Schwebe, keine von den Forderungen ist getilgt, wegen jeder kann der Schuldner belangt werden, aus welchem Grunde es in dessen Interesse liegt, möglichst bald eine Bestimmung zu treffen. Liegt in der Vereinbarung eine auflösende Bedingung, so gelten bis zur Bestimmung, d. i. dem Eintritte der Bedingung die gewöhnlichen Grundsätze, also Anrechnung nach § 366 II. Beim Ausfall der Bedingung, d. i. wenn der Schuldner keine Bestimmung trifft, bleibt es bei der Tilgung entsprechend dem § 366 II. Mit dem Eintritte — § 158 II — tritt der frühere Rechtszustand wieder in Kraft, d. h. die getilgte Forderung lebt wieder auf und die jetzt von der Bestimmung getroffene Forderung erlischt.

Nachdem so das „Wie“ und „Wann“ erörtert worden, wollen wir uns jetzt zu der Frage wenden, wem gegenüber muss die Anrechnungsbestimmung erklärt

[1] Schollmeyer, S. 288.

werden. Da der Empfang der Erklärung den Empfänger zu fernerem Verhalten veranlassen soll, so kann wirksam auch nur derjenige empfangen, der dieses — Entgegennahme oder Zurückweisung der Leistung — mit rechtlicher Wirkung vornehmen kann, daher muss für den Empfang Geschäftsfähigkeit des Empfängers verlangt werden; aber aus dem Grunde kann auch dem Vertreter des Gläubigers gegenüber die Bestimmung abgegeben werden, es genügt dabei Vertretungsmacht hinsichtlich derjenigen Forderung, auf welche die Leistung nach der Bestimmung des Schuldners angerechnet werden soll. „Auch dem solutionis causa adjectus kann der Schuldner die Anrechnung seiner Leistung mit bindender Kraft für den Gläubiger auf diejenige Forderung erklären, bz. deren der adjectus zur Zahlungsempfangnahme berechtigt ist.“[1]) Denn so gut wie hierzu, muss er auch zur Empfangnahme der die Zahlung betreffenden Erklärungen für berechtigt erachtet werden, wenn er auch nicht zur Verfügung über die Forderung befugt ist.

Was versteht das G. B. nun mit diesem „Bestimmenkönnen“? Die Zahlung als einseitige Handlung des Schuldners kann ohne hinzukommende Annahme des Gläubigers nie die Tilgung einer Schuld erwirken, ohne diese giebt es eben keine Zahlung, die vorgenommene Handlung ist blos Zahlungsofferte. Nimmt der Gläubiger die ihm zur Tilgung angebotene Zahlung an, so nimmt er sie so an, wie sie ihm angeboten ist, er unterwirft sich also der vom Schuldner getroffenen Bestimmung, aber nicht weil diese für ihn bindend ist, sondern infolge seines stillschweigend erklärten Einverständnisses, wodurch ein Vertrag zustande kommt, erfolgt die Tilgung. Da es sich nun aber ganz von selbst versteht, dass der Schuldner als Herr seiner Handlung bei der Zahlung bestimmen kann, welche Schuld er damit tilgen will, so kann es sich nur fragen,

[1]) Schollmeyer, S. 286.

ob dadurch dass das Gesetz dies sgn. Bestimmungsrecht anerkennt, die getroffene Bestimmung eine rechtliche Bedeutung gewinnt, die sie sonst nicht haben würde.“[1]) Da aber immer erst die Willenseinigung die Schuld tilgt, so kommt Henrici[2]) zu dem Ergebnisse, dass bei der Erfüllung kein Raum gegeben sei für ein Bestimmungsrecht des Schuldners, welches diesem die Befugnis gewähre, eine den Gläubiger bindende Bestimmung zu treffen. Nur wenn auch bei Nichtannahme des Gläubigers die bestimmte Forderung getilgt würde, könne von einem Bestimmungsrecht die Rede sein. Da man aber solchen Satz nicht aufstellen wolle und könne, so suchten die Motive in der nebelhaften Vorstellung von einem dem Schuldner zustehenden, den Gläubiger bindenden Bestimmungsrechte, nach einem Stützpunkt herumtastend, diesen vergeblich in der Verzugslehre.“ Ist seine Kritik berechtigt, und wenn nicht, wie ist ein Ausweg zu finden? Die Motive[3]) und die Sitzungsprotokolle[4]) suchen das Recht aus der Natur des Erfüllungsgeschäftes zu erklären. „Der Gläubiger könne grundsätzlich das Angebotene nur in dem Sinne annehmen, wie es angeboten sei.“ In diesen Worten wird man aber ein Aufgeben des Erfordernisses des Spezialkonsenses über die zu tilgende Forderung für die Erfüllung überhaupt erblicken müssen, wenn anders es eine Bedeutung für den Schuldner haben soll;[5]) Schollmeyer a. a. O. und Stammler sehen in der Bestimmung des § 366 I einen Beweis ihrer Ansicht, dass die Erfüllung stets ein einseitiges Geschäft sei. U. E. aber, die wir, wie Einleitung zeigt, auf anderem Standpunkte stehen, wäre diese Bestimmung als selbstverständlich

[1]) Henrici in Iherings Jahrb. Bd. 32, S. 104.
[2]) S. 104 ff.
[3]) Bd. II. S. 86.
[4]) Bd. II. S. 671.
[5]) Vgl. Matthias, a. a. O.

überflüssig gewesen, wenn das G. B. die Erfüllung als einseitiges Rechtsgeschäft charakterisieren wollte; vielmehr handelt es sich hier um eine Ausnahmebestimmung. So auch Plauk und Matthias. „Die regelmässige Struktur des Erfüllungsgeschäftes ist durchbrochen aus Gründen der Zweckmässigkeit.“[1]) Dieser Ansicht schliesst sich Endemann an. „Theoretisch müsste man, da die Erfüllung ein Vertrag ist, die Einigung verlangen, praktisch ist die Lösung des G. B. vorzuziehen; es sind Nützlichkeitserwägungen massgebend gewesen, aus denen keine weiteren Schlüsse gezogen werden dürfen.“[2]) Und zwar hat das G. B. u. E. durch diese Bestimmung ein subjektives Privatrecht für den Schuldner geschafft. Der Begriff des Rechts im subjektiven Sinne ist von dem B. G. B. nicht definiert, es handelt sich dabei um eine sehr bestrittene Frage, deren Lösung der Wissenschaft überlassen werden muss. So Plauk a. a. O. Bd. I. S. 67. Nach Ihering, Recht ist rechtlich geschütztes Interesse. A. A. Windscheid Bd. I. S. 37, „Wollendürfen.“ Richtig wohl die Ansicht Matthias a. a. O. S. 65 f. Das subjektive Recht ist die dem Einzelnen zur Verwirklichung bestimmter Interessen gewährte Macht. Dem Schuldner ist beim Vorhandensein der Voraussetzungen des § 366 von der Rechtsordnung die rechtliche Macht — abweichend von dem allgemeinen Rechtsprinzip — verliehen worden, seine Interessen zu schützen, nämlich einseitig die Tilgung einer ihm besonders lästigen Schuld herbeizuführen. Diese dem Schuldner verliehene Macht ist ausschliesslich seinem Interesse angepasst und diesem gemäss gestaltet. Die Verwirklichung dieses Rechtes im Wege des Civilprozesses ist in die Hand des Schuldners gelegt, entweder im Wege der Feststellungsklage oder der Einrede. „Die Auffassung, dass die

[1]) Matthias, a. a. O. S. 424. A. M. natürlich Stammler, Schollmeyer, a. a. O.

[2]) Endemann, B. G. B. § 141. Note 26.

Macht über eine Rechtswirkung ein eigenes subjektives Recht sei, ist keine völlig einheitliche, in einigen Fällen ist sie zwar gang und gäbe.“[1]) Diese Eigenschaft kann ihnen aber auf die Dauer nicht entzogen werden. Und zwar wäre das Bestimmungsrecht zu rechnen unter „die Rechte des rechtlichen Könnens.“ Unter diesem Stichwort hat Zitelmann[1]) — während Crome[2]) diese Bezeichnung zu abstrakt findet und sie als Gegenrechte bezeichnet — eine Reihe von rechtlichen Erscheinungen zusammengefasst, für die eine anerkannte gemeinsame Bezeichnung fehlte. Es sind Möglichkeiten, durch Rechtsgeschäft — freie Handlung — eine bestimmte Rechtswirkung herbeizuführen, besondre Möglichkeit grade nur für diese Person z. B. in den §§ 121, 247, 309, 355. „Ueberall ist hier einzelnen Personen im Gegensatz zu allen anderen, — so hier dem Schuldner — die besondere Möglichkeit gegeben, eine ihren Interessen entsprechende, für sie vorteilhafte Rechtswirkung Tilgung der ihm lästigsten Schuld herbeizuführen und zwar auf Grund freien Willensentschlusses. Die berechtigte Person — der Schuldner — hat die Macht, mittels eines Willensaktes entweder fremde Rechte aufzuheben oder sich selbst von Pflichten zu befreien, — von der zu bestimmenden Schuld — es ist erst die Ausübung, die dem Rechte realen Inhalt verleiht.“[3])

[1]) Zitelmann, a. a. O. S. 32.
[2]) Crome, B. R. I. S. 176.
[3]) Crome S. 176.

Wenden wir uns der Frage zu, welche Folgen die Ausübung seines Rechtes durch den Schuldner, die Art der Anrechnung bestimmen zu dürfen, zeitigen kann. Der regelmässige Fall, die stillschweigende Annahme durch den Gläubiger der vom Schuldner mit dem Hinweise auf eine besonders individualisierte Schuld angebotene Leistung, während beide Teile die Absicht haben, diese Obligation dadurch zu tilgen, macht keine Schwierigkeit. Hier wird durch die Annahme seitens des Gläubigers die Verbindlichkeit gelöscht, ebenso aber auch in den Fällen, in welchen zur Erfüllung ein einseitiges Rechtsgeschäft genügt, also Annahme nicht erforderlich ist, durch Vornahme dieses Rechtsgeschäftes. Diese Wirkung wird selbst dann herbeigeführt, wenn der Gläubiger annimmt, ohne Kenntnis von der Bestimmung des Schuldners erhalten zu haben, wenn sie ihm nur zugegangen ist, wirkliche Kenntnisnahme ist nicht erforderlich, es genügt, dass der Adressat in die Lage versetzt war, von der Erklärung Kenntnis zu nehmen, z. B. wenn er den ihm mit der Uebersendung des Geldes zugegangenen Postanweisungsabschnitt, auf welchem die Bestimmung getroffen ist, nicht gelesen hat. [1])

Nimmt aber der Gläubiger die ihm vom Schuldner zur Tilgung einer bestimmten Schuld angebotene Leistung an, erklärt dabei jedoch, dass er sie auf eine andere Schuld anrechnen wolle, nicht auf die vom Schuldner bestimmte, dass dann eine solche Erklärung keine Beachtung finden darf, dass vielmehr die vom Schuldner bestimmte Schuld getilgt wird, dazu neigte schon die gemeinrechtliche Litteratur. Aber auf der Suche nach

[1]) Vgl. Staudinger, a. a. O. zu 366. Anm. 1a.

dem „Weshalb“ scheint diese ebenso wie die Litteratur zum G. B. e auf falschem Wege sich zu befinden. Henrici [1]: „Der Grund dafür liegt darin, dass die eigene Handlung des Gläubigers, wodurch er das Zahlungsgeschäft zum Abschluss gebracht hat, für ihn bindend ist und er diese Wirkung nicht beseitigen kann durch eine mit seiner Handlung sich in Widerspruch setzende Erklärung“, „darin dass eine derartige Erklärung als protestatio facto contraria erscheinen würde“. [2] Es liegt u. E. eine protestatio facto contraria nämlich nur dann vor, wenn der Gläubiger das Geld ohne Widerspruch angenommen hat und dann nachträglich erklärt, auf eine andere Schuld anrechnen zu wollen. Wenn er gleichzeitig mit der Annahme der angebotenen Zahlung gegen die Verrechnungsbestimmung des Schuldners Widerspruch erhebt, hat er ja keine Konsenserklärung abgegeben, vielmehr ausdrücklich seinen Widerspruch. Erblickt man aber in der Annahme als Zustimmung die erste, in dem dabei Widersprechen eine zweite Willenserklärung und beruft sich dann auf den Satz „Der Gläubiger darf die Willenserklärung des Schuldners nicht trennen“, so würde sich daraus ergeben, „dass die Akzeptation des Gläubigers überhaupt keine rechtliche Bedeutung hätte, nicht aber dass in dem akzeptierten Stück auch dasjenige Stück mit akzeptiert sei, dessen Akzeptation der Gläubiger ausdrücklich abgelehnt hat.“ [3] Zwar die Wahrheit des Satzes „der Gläubiger muss die Willenserklärung des Schuldners nehmen wie sie ist, er kann sie zu keiner anderen machen“, erkennen wir auch mit Windscheid an. „Aber aus demselben folgt auch nur, dass der Gläubiger nicht bewirken kann, dass die Vermögensverschaffung des Schuldners nicht zum Zwecke

[1] Iherings Jahrb. Bd. 32. S. 106

[2] Struckmann. a. a. O. S. 257. Schollmeyer und Örtmann ebenso.

[3] Windscheid, § 343, Note 11.

der Tilgung dieses bestimmten Forderungsrechtes gemacht sei, es folgt daraus nicht, dass es nicht in der Macht des Gläubigers stände, die Erreichung dieses Zweckes zu vereiteln.“ [1] Wenn man aber wie Schollmeyer, die Erfüllung als einseitiges Rechtsgeschäft auffasst, hat man es mit der Begründung, weshalb gegen den Willen des Gläubigers die vom Schuldner bestimmte Forderung getilgt ist, leicht, trotzdem jener auch unnötigerweise den von der Mehrheit betretenen Weg einschlägt. Der Schuldner bedarf da dann nur der Mitwirkung des Gläubigers behufs des Eigentumsüberganges, ist dieses geschehen, ist also der von jedem Verpflichtungsverhältnis losgelöster abstrakter dinglicher Vertrag gültig, so ist erfüllt. Da aber wir Uebereinstimmung der beiden Parteien über die zu tilgende Schuld für die Erfüllung fordern, so würde u. E. die bestimmte Forderung nicht gelöscht, sondern es stände dem Schuldner nur die condictio ob causam datorum § 812 I Satz 2 zu. Da aber das Gesetz in dem dem Schuldner erteilten Bestimmungsrecht ein subjektives Privatrecht geschaffen hat, übt die vom Schuldner getroffene Anrechnungsbestimmung eine solche Wirkung, dass ein etwaiger Widerspruch des Gläubigers wirkungslos bleibt. Und zwar ist es nur recht und billig, dass der Gläubiger die Bestimmung kraft jenes Rechtes stets gegen sich gelten lassen muss, wenn er die Leistung annimmt. Und wir können uns der Ansicht Planks [2] und Schollmeyers [3] nicht anschliessen, dass unter Umständen in einer solchen Widerspruchserklärung die Verweigerung der Annahme der Leistung in Verbindung mit dem Angebote zu finden sei, die Leistung für den Fall anzunehmen, dass der Schuldner der vorgeschlagenen Anrechnung zustimme. Und dieses könne unter Umständen infolge still-

[1] Windscheid, a. a. O.
[2] a. a. O. S. 146.
[3] a. a. O. S. 286.

schweigenden Verhaltens geschehen.“ Eine solche Annahme ist u. E. a limine abzuweisen, weil sie sich in Gegensatz setzt zu dem vom G. B. geschaffenen schuldnerischen Bestimmungsrechte. Dass aber nicht der Gesetzgeber so thöricht gewesen ist, welche Thorheit Henrici [1]) als einzigsten Grund für die Rechtfertigung des § 366 I finden kann, „dass die bei der Zahlung vom Schuldner getroffene Bestimmung dergestalt für den Gläubiger bindend sein solle, dass er auch eine obligationswidrige Leistung annehmen müsse, wenn er nicht in Annahmeverzug kommen wolle“, ist selbstverständlich. Es kann der Gläubiger natürlich auch hier unter denselben Voraussetzungen die Annahme verweigern, wie dann, wenn der gewählte Schuldposten der einzige wäre. Er ist z. B. nicht gehalten, eine Leistung anzunehmen, welche sich rechtlich als Teilleistung darstellen würde (§ 266), — Ausnahme W. O. Art. 38, im Konkurse, während das beneficium divisionis der Mitbürgen (§ 769) nicht mehr gilt — oder wenn etwaige Ortsbestimmungen nicht gewahrt sind, ferner bei einer zu seinen Gunsten noch nicht fälligen Schuld, während im Zweifel „dies pro debitore“ (§ 271 II) gilt.[2])

Verweigert der Gläubiger die Annahme, so hat er zwar die Folgen zu tragen, die Schuld bleibt aber ungetilgt. Dass aber der Umstand, dass der Gläubiger durch Zurückweisen der auf eine bestimmte Schuld angebotenen Leistung beim Vorliegen der in den §§ 294—299 für die Art und die Zeit, in welcher das Angebot erfolgen soll, aufgestellten Voraussetzungen in Annahmeverzug gerät, eine Folge des geschaffenen Bestimmungsrechtes sei, muss man verneinen, hierin geben wir Henrici Recht, „die Erklärung des Schuldners, welche Forderung er tilgen will, ist die notwendige

[1]) Iherings Jahrb. Bd. 32. S. 110.

[2]) Vgl. Plauk a. a. O. S. 147, Dernburg, B. R. a a. O. S. 265.

Voraussetzung, damit der Gläubiger in Beziehung auf diese Forderung in Annahmeverzug kommen könne und es wird keinen geben, der behauptet, dass kein solcher Annahmeverzug eintrete in Rechtsgebieten, wo in das Gesetz keine dem § 366 I ähnliche Bestimmung aufgenommen wäre."[1] Selbst dann wenn zur Erfüllung auf eine vermeintliche, aber nicht bestehende Schuld erfüllt ist, kann der Gläubiger das Geleistete nicht auf eine andere wirklich bestehende Schuld anrechnen, wohl kann er sich dem Kondiktionsanspruche des Schuldners gegenüber durch Aufrechnung befreien.

Wie wir früher gesehen haben, ist der Schuldner an einen bei der Leistung geschlossenen Anrechnungsvertrag gebunden. „Die Einigung kann auch durch konkludente Handlungen zustande kommen, wenn z. B. der Gläubiger den Schuldschein über eine der mehreren in Betracht kommenden Schulden dem Schuldner zurückgiebt und dieser ihn annimmt. auch kann möglicherweise aus dem Schweigen des Schuldners auf dessen Zustimmung zu dem Vorschlage des Gläubigers geschlossen werden."[2] Dass aber jedenfalls bei einer Bestimmungserklärung seitens des Schuldners d. h. wenn der Schuldner solche bei der Leistung getroffen, ein Vorschlag des Gläubigers durch stillschweigendes Verhalten des Schuldners meistens nicht zu einer gültigen Anrechnungsvereinbarung führen kann, wird auch wohl Schollmeyer nicht leugnen wollen.[3]

Eine Vereinbarung, nachdem der Schuldner schon bei der Leistung eine Bestimmung getroffen, über die Anrechnung der „geleisteten "Summe ist unwirksam.

[1]) Iherings Jahrb. Bd. 32. S. 110

[2]) Schollmeyer, S. 288. Vgl. Staudinger a. a. O. Plank, a. a. O. Dernburg, B. R. a. a. O.

[3]) Vgl. Staudinger, a. a O. S. 119. Plank a. a O. S 147. Dernburg, B. R. S. 265 No 2 nimmt an, dass in solchem Falle Bestimmung des Schuldners vorliegt.

Die Schuld ist erloschen und kann nicht wieder aufleben. Durch einen solchen Vertrag wird zwar praktisch dasselbe erreicht, es wird durch denselben eine neue Obligation geschaffen, deren Inhalt sich nach der durch Zahlung getilgten bestimmt.

Hat der Schuldner ausser der Hauptleistung Zinsen und Kosten zu entrichten und bestimmt eine andere Anrechnungsweise als zunächst auf die Kosten, dann auf die Zinsen und zuletzt auf die Hauptleistung, so ist dem Gläubiger, falls die gemachte Leistung nicht zur Tilgung sämtlicher Posten ausreicht, in § 367 II ein Ablehnungsrecht gegeben. Welche Bedeutung hat nun dasselbe? Nach Cretschmar[1]) ist sie gleich null: „Ueberflüssig, ja geeignet den Schuldner zu einem den richtigen Grundsatz des Abs. I beeinträchtigenden anderen Anrechnungsversuche zu verleiten ist der II. Absatz des § 316 Entwurf II), der übrigens nur die Selbstverständlichkeit zum Inhalte hat, dass es bei einem anderweitigen unter Gläubiger und Schuldner beredeten Anrechnungsmodus kraft Parteiwillens sein Bewenden habe.“[1]) Offenbar bezweckte Cretschmar mit dieser scharfen Kritik den Gesetzgeber zu veranlassen, die Fassung des Paragraphen so zu ändern, dass von einer schuldnerischen Bestimmung in solchem Falle keine Rede sein könne. Denn der Absatz I allein würde wohl in doppelter Weise aufgefasst werden können, einmal gegenüber § 366 I gleich § 366 II subsidiär, das schuldnerische Recht unberührt lassend oder auch in der von Cretschmar gewünschten Weise. Durch Hinzufügung des Abs. II ist zweifellos dem Schuldner die Möglichkeit gegeben, einen vom Abs. I. abweichenden Vorschlag zu machen und so durch Annahme dieses Vorschlages einen Vertrag betr. der Erfüllung herbeizuführen; solche Vereinbarung

[1]) a. a. O. S. 130. A. M. Plank, a. a. O. S. 148. Vgl. auch Dernburg, B. R. S 266, und Staudinger, a. a. O. Erl. zu 367. Note 1.

kann auch durch stillschweigendes Verhalten des Gläubigers herbeigeführt werden. Geschieht die Abschlagszahlung unter den erklärenden Worten „auf Kapital und Zinsen", „so hat eine derartige Bestimmung nicht etwa den Sinn, dass auf beides verhältnismässig und noch weniger den, dass zuerst auf das Kapital und dann auf die Zinsen abgerechnet werden soll, sondern es darf umgekehrt der Gläubiger zuerst sich für die Zinsen bezahlt machen, und nur den Rest schlägt er dann auf das Kapital."[1]) Wenn aber Anrechnung auf das Kapital vom Schuldner bestimmt wird, und der Gläubiger unter der Erklärung annimmt, nach § 367 Abs. I. verrechnen zu wollen, so hat diese Erklärung nicht die Folge, dass eine diesem entsprechende Anrechnung Platz greift, weil das Zahlungsangebot hierauf nicht gerichtet war. Aber dass durch diese Handlung deswegen, weil sie sich als protestatio facto contraria darstellt,"[2]) das vom Schuldner Bestimmte getilgt würde, bestreiten wir ebenso entschieden aus demselben Grunde, wie oben bei ähnlicher Gelegenheit. Die Entscheidung der Frage, ob getilgt oder nicht, hängt davon ab, ob noch von einem Bestimmungsrecht des Schuldners gesprochen werden kann. Wenn nicht, so stände dem Schuldner nur die condictio ob causam datorum[3]) zu, gegen die der Gläubiger aufrechnen könnte, und zwar nach freiem Belieben, denn § 396 kommt nicht in Betracht, „denn welche von seinen mehreren Forderungen er tilgen will, ist seine Sache, nur welche der Gegenforderung er durch die erklärte Verwendung seiner Forderung beseitigt, entscheidet sich nach § 396."[4]) Aber es liegt kein Grund vor,

[1]) Vangerow, a. a. O. S. 202.
[2]) Örtmann, a. a. O. S. 100.
[3]) § 812 I. Satz 2.
[4]) Örtmann, a. a. O. S. 120; ebenso Dernburg, B. R. II S. 294.

anzunehmen, dass das in § 366 I statuierte Bestimmungsrecht des Schuldners durch § 367 II beseitigt wird, vielmehr muss die Geltung desselben auch dann angenommen werden, wenn neben der Hauptschuld Zinsen und Kosten geschuldet werden. Und aus diesem Grunde findet auch ein Widerspruch bei der Annahme der Leistung gegen die Art der Anrechnungsbestimmung des Schuldners keine Beachtung.[1])

„Das Recht des Schuldners ist nur insofern abgeschwächt, als der Gläubiger, wenn der Schuldner ein mit der Vorschrift des ersten Absatzes nicht in Einklang stehende Bestimmung über die Anrechnung trifft, die Leistung auch dann, wenn es sich nicht um ein einheitliches Schuldverhältnis, sondern um mehrere neben einander bestehende Schuldverhältnisse handelt, ablehnen kann, ohne in Verzug der Annahme zu kommen.“[2]) Es ist also hier im Interesse des Gläubigers und in dem einer geordneten Wirtschaft von dem Satze, dass wenn der Gläubiger eine ordnungsmässig angebotene Leistung nicht annimmt, er in Annahmeverzug gerät, eine Ausnahme gemacht, aber nur insofern, als die Zinsen resp. Kosten selbständige Forderungen gegenüber der Hauptleistung bilden, sonst kann der Gläubiger ja nach § 266 ablehnen. Dass aber, wenn mehrere verzinsliche Kapitalien nebst Zinsen geschuldet werden, der Gläubiger erst Zahlung sämtlicher Zinsen verlangen könne, bevor er Zahlung auf ein Kapital anzunehmen braucht, widerspricht dem Wortlaut des § 367 I.[3]) — Daher muss sich der Schuldner hüten, eine vom Abs. I

[1]) Vgl. Matthias, a. a. O. S. 422 derselben Ansicht, falls im einzelnen Falle nicht eine Einigung über die Anrechnung zustande gekommen. Vgl. auch Staudinger S. 111.

[2]) Plank, a. a. O. S. 148.

[3]) Dernburg, a a. O. S. 266. „Aeltere Zinsrückstände haben vor späteren den Vorzug.“ Wie Dernburg dieses auffasst, ist nicht klar, in solchen Fällen wird wohl der Gläubiger die Leistung als Teilleistung ablehnen können.

abweichende Anrechnungsbestimmung zu treffen, sonst setzt er sich der Gefahr aus, die Leistung abgelehnt zu sehen, an welchen Umstand, abgesehen davon, dass er nicht von seiner Schuld befreit wird, sich für ihn nachteilige Folgen knüpfen oder doch knüpfen können. Dass der Gläubiger durch die Ablehnung nicht in Annahmeverzug kommt, lässt die Haftung des Schuldners auch weiterhin unberührt, Gefahr des Unterganges und der Verschlechterung bleibt beim Schuldner, da Konzentration nicht eintritt; Zinsenlauf hört nicht auf, er kann die durch das erfolglose Angebot und durch die längere Aufbewahrung entstandenen Mehraufwendungen nicht ersetzt verlangen. Ferner braucht sich der Gläubiger keine Sorge zu machen, dass der Schuldner die ihm sonst bei einem Annahmeverzug gebotene Gelegenheit benützt, die geschuldete Leistung preiszugeben, durch Hinterlegung nach § 372, bei Verpflichtungen aus einem Handelskauf nach § 373 H. G. B., durch Selbsthülfeverkauf nach § 383, resp. § 373 H. G. B. Aber nicht nur mittelbar wirkt das Ablehnungsrecht des Gläubigers auf die Stellung des Schuldners ein, indem seine Lage durch die Ablehnung nicht, wie gewöhnlich, eine günstigere wird, es kann diesen auch direkt berühren, indem dessen Ausübung ihn ev. in Lieferungsverzug bringt, nämlich unter der Voraussetzung, dass die in Verzug setzenden Umstände des § 284 vorliegen. In diesem Falle hat der Schuldner dem Gläubiger den durch den Verzug entstandenen Schaden zu ersetzen, letzterer hat Anspruch auf nachträgliche Erfüllung und auf Schadensersatz wegen verzögerter Erfüllung, im Falle mangelnden Interesses kann der Gläubiger die Leistung ablehnen und Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen. Bei Geldschulden[1]) kann er 4 % Verzugszinsen verlangen, § 288, wenn das Geschäft,

[1]) mit Ausnahme von Zinsansprüchen § 289 und Schenkungen § 522.

aus dem die Forderung sich herleitet, auf beiden Seiten Handelsgeschäft ist, schon vom Tage der Fälligkeit 5 %, § 353 H. G. B. — erweitert in § 354 H. G. B. — Die Haftung des Schuldners steigert sich, er hat jede Fahrlässigkeit zu vertreten. Da aber hier nur vertretbare und daher meistens nach Gattungsmerkmalen bestimmte Sachen zu leisten sind, so haftet er sowieso schon für Zufall, § 279, denn Konzentration nach § 243 II ist durch sein Anbieten noch nicht eingetreten. Sollte aber die geschuldete Leistung Speziesschuld sein, u. E. kaum vorkommend, so ist der Schuldner an sich schlechthin für jede während des Verzuges eintretende Unmöglichkeit der Leistung verantwortlich, kann sich aber durch den Nachweis, dass der Schaden auch bei rechtzeitiger Leistung eingetreten sein würde, befreien. „Diesen führt er aber noch nicht dadurch, dass er den Untergang auf innere Eigenschaften oder Zustände des Leistungsobjektes zurückführt, denn der Gläubiger hätte dann noch immer durch rechtzeitige Verwertung oder Veräusserung den Schaden abwälzen können; wohl aber durch den gleichzeitigen Nachweis, dass eine solche Abwälzung nach der Eigenart des Schuldobjektes oder nach der besonderen Sachlage nicht zu erwarten gewesen wäre.“[1]) Sonstige weitere Folgen, die sich an ein Nichtleisten und an dadurch entstehenden Verzug knüpfen; z. B. in den §§ 339, 360, 361, 775 No. 3 — treten natürlich auch ein.

Unterlässt nun aber der Schuldner, von seinem Rechte, eine Bestimmung über die Art der Anrechnung zu treffen, Gebrauch zu machen, in welcher Weise geht diese dann vor sich? Während nach gemeinem Rechte das Bestimmungsrecht in solchem Falle auf den Gläubiger übergeht, der es jedoch nach der herrschenden Ansicht stets im Interesse des Schuldners ausüben

---

[1]) Örtmann, a. a. O. S. 45.

soll,[1]) zielen die Vorschriften der modernen Kodifikationen auf eine Uebereinkunft ab."[2]) Nach dem G. B. steht hier dem Gläubiger ein einseitiges Bestimmungsrecht nicht zu, weder ein absolutes noch ein durch Rücksicht auf das Interesse des Schuldners oder durch ein formales Widerspruchsrecht des Schuldners eingeschränktes. Es tritt nach § 366 II eine gesetzliche Reihenfolge der Anrechnung in Kraft, und zwar in dem Momente, wo die Leistung in das Vermögen des Gläubigers übergeht. Aber einen eigentümlichen Standpunkt nimmt nicht das G. B. durch diese Vorschrift, wie Henrici[3]) irrtümlich äussert, sondern er selbst ein, indem er befürchtet, dass durch § 366 II eine Willenseinigung über die zu tilgende Schuld immer von der Berücksichtigung ausgeschlossen würde.

Zweifellos werden durch solche Willenseinigung die gesetzlichen Anrechnungsregeln häufig ausser Kraft gesetzt werden. Trifft z. B. der Gläubiger eine Bestimmung vor der Leistung, m. a. W. fordert er die Erfüllung auf eine bestimmte Schuld, so wird durch die darauf folgende Leistung die vom Gläubiger bestimmte Forderung getilgt, denn macht der Schuldner die Leistung ohne Anrechnungsbestimmung, so unterwirft er sich der vom Gläubiger getroffenen Bestimmung; will er das nicht, so mag er selbst bestimmen oder die Leistung zurückhalten.[4]) Erklärt der Gläubiger sofort bei der Leistung dem Schuldner, auf welche Schuld er die Leistung annehmen, und erklärt sich dieser damit einverstanden, so erfolgt die Anrechnung nach Massgabe dieses Uebereinkommens. Aber eine solche Erklärung

[1]) Vgl. Dernburg, B. R. S. 264.

[2]) Motive Bd. II, S. 87; sächs. G. B. § 978, code civil Art. 1255.

[3]) Iherings Jahrb. Bd. 32. S. 111.

[4]) Vgl. Matthias, a. a. O. S. 422 No 3. Staudinger, Erl. zu § 366.

ist immmer nur als Anrechnungsvorschlag aufzufassen, und dieser „wirkt nur nach Massgabe der allgemeinen Grundsätze, d. h. bei ausdrücklicher oder stillschweigender Genehmigung des Schuldners.“[1] Dass eine solche, wie Plank[2] will, regelmässig dann anzunehmen sei, wenn der Schuldner der Erklärung des Gläubigers gegenüber sich stillschweigend verhält,“ muss u. E. verneint werden, denn wollte man hier rückhaltlos „qui tacet, consentire videtur“ anerkennen und so der Bestimmung des Gläubigers bindende Kraft beilegen, wenn der Schuldner nicht sofort widerspricht, wie die Begründung zum ersten Entwurfe will, so würde der § 366, welcher den Schutz des Schuldners bezweckt, einen grossen Teil seines praktischen Wertes verlieren und in vielen Fällen Streit entstehen, ob rechtzeitig widersprochen worden ist. Vielmehr muss eine keinen Zweifel lassende Zustimmung gefordert werden, andernfalls die Anrechnungsregeln des Gesetzes einzugreifen haben. Henrici meint zwar „dadurch dass von keiner Seite über die zu tilgende Forderung eine Bestimmung getroffen wird, gibt der Schuldner zu erkennen, dass er keinen Wert darauf legt, gleich festgestellt zu sehen, welche Forderung damit zur Tilgung komme.“[3] Aber dieser weiss ja, dass das dispositive Gesetz für eine seinen Zwecken günstige Anrechnung sorgt.[4]

Die Parteien können auch vereinbaren, dass die zu tilgende Forderung durch eine spätere Vereinbarung näher bestimmt werden solle, welche wiederum als auflösende wie aufschiebende Bedingung aufgefasst werden kann. Ist ersteres der Fall und scheitert deren Zustandekommen, so bleibt es bei der bei der Leistung eingetretenen Tilgung gemäss § 367 II. Ist dagegen die

1) Örtmann, a a. O. S. 100.
2) a a. O. S. 147.
3) Iherings Jahrb. Bd. 14. S. 467.
4) R. G. E. Bd. 29. S. 112.

Wirkung der Zahlung als aufgeschoben anzusehen, so sollen nach Henrici[1]) bei Nichteintritt der Bedingung die gesetzlichen Regeln der Anrechnung zur Grundlage dienen müssen," während Struckmann[2]) „dem Schuldner auf alle Fälle das Recht zuspricht, durch seine Wahl die bisherige Unbestimmtheit zu beseitigen." U. E. hat nur in der Voraussicht, dass eine Vereinbarung zustande komme, der Schuldner sein Recht nicht ausgeübt, erfüllt d. h. getilgt wird erst durch das Zustandekommen; daher muss dem Schuldner auch jetzt das Recht zuerkannt werden, die Unbestimmtheit durch seine Bestimmung zu heben. In einer solchen Vereinbarung, durch welche die geleisteten Summen creditiert werden, liegt zwar meistens die Absicht, eine spätere Aufrechnung eintreten zu lassen, z. B. im Kontokurrentvertrage § 355—357 H. G. B.

Wenn die zu tilgende Forderung nicht bezeichnet worden ist und der Inhalt des Vertrages kein Mittel an die Hand giebt, diese Unbestimmtheit unabhängig von dem Willen der einen oder der anderen Partei zu heben, so würde der Zahlungsvertrag dieser Unbestimmtheit wegen unwirksam sein, wenn nicht das Gesetz mit seinen Anrechnungsregeln heilend eingriffe.[3]) Die dagegen geäusserten Behauptungen Beyers,[4]) der ohne Angabe von Gründen dieses bestreitet, und Jungs[5]) der den Ausdruck gesetzliche Regeln für unzutreffend erklärt und diese Grundsätze nur als Auslegungsregeln auffasst in der Erwägung, „wer auf mehrere Schulden eine nicht alle deckende Zahlung anbietet, dem schwebt immer die Zahlung einer Schuld vor, ein Angebot der Zahlung ohne die Absicht der Tilgung eines Schuldposten ist

[1]) Iherings Jahrb. Bd. 32. S. 114.
[2]) a. a. O. S. 260.
[3]) Ebenso Struckmann, a. a. O. S. 261.
[4]) a. a. O. S. 14.
[5]) a. a. O. S. 50.

widersinnig", können uns nicht überzeugen. Wenn auch in Jungs Worten ein richtiger Gedanke ist und entgegen der Ansicht Römers,[1]) der Eintritt der gesetzlichen Vorschriften auf den Willen der Beteiligten zurückzuführen ist, insofern als diese so aufgestellt sind, wie der Wille der Beteiligten am besten ergänzt werden könnte, so ist doch der Nachsatz Römers richtig, „die gesetzlichen Regeln greifen nicht darum Platz, weil sie von den Beteiligten gewollt sind, sondern weil sie eben Gesetz sind, kraft ihrer Macht und Bedeutung als Gesetz, als allgemeiner Wille."[1]) Dass aber überhaupt eine bestimmte, feste Rangordnung unter den Forderungen aufgestellt wird, entspringt dem praktischen Bedürfnis, sofort zu wissen, welche Forderung getilgt ist, während es zugleich regelmässig in der Absicht der Parteien liegt, dass ein sofort gültiger Zahlungsvertrag zustande kommt. Vom Gesetze muss aber verlangt werden, dass es dem zahlenden Schuldner auf diesem Wege soviel als möglich entgegenkommt, d. h. soweit es bei diesem Bestreben den Gläubiger nicht verletzt.[2]) Wie thut es nun dieser Pflicht in seinem § 366 II Genüge?

Zunächst wird auf die fällige Schuld angerechnet: „es genügt nicht, dass die Forderung entstanden und der Zeitpunkt eingetreten ist, in welchem der Gläubiger die Leistung nach dem Inhalte des Schuldverhältnisses verlangen kann. Der Forderung darf keine Einrede entgegenstehen z. B. der Stundung."[3]) Unter mehreren fälligen wird wohl die schon längere Zeit fällige vorangehen müssen. Der Grund für diese Anrechnung liegt darin, zu verhüten, dass der Schuldner in Verzug kommt. Sind mehrere fällige Schulden vorhanden, so soll die dem Gläubiger geringere Sicherheit bietende getilgt sein.

[1]) a. a. O. S 60.
[2]) l. 206. D. 50. 17.
[3]) Plank, a. a. O. S. 59.

Rogge[1]) verurteilt diese erst durch die 2. Kommission eingefügte Anrechnungsbestimmung, als eine den Schuldner zu sehr benachteiligende. „Statt Sozialpolitik zu treiben und den wirtschaftlich Schwächeren zu schützen, hätte man sich zu Gunsten des Stärkeren entschieden.“[1]) Aber uns scheint das Gesetz den richtigen Weg eingeschlagen zu haben, grade weil der Schuldner es in der Hand hatte, die ihm günstigste Schuld zu tilgen, braucht er einen solch weitgehenden Schutz nicht. Und so ganz seinen Interessen entgegen ist diese Vorschrift ja auch nicht, denn so läuft er keine Gefahr mehr, wegen derselben vom Gläubiger, wie ja wegen ihrer Unsicherheit anzunehmen ist, sofort belangt zu werden. Einleuchtend sind die Gründe, welche die Protokolle anführen. „Das Gesetz könne nur die Forderung als getilgt bezeichnen, welche der Schuldner, wenn er selbst die Wahl träfe, zur Tilgung bestimmen würde. Dass die besser gesicherte Forderung getilgt sei und die minder gesicherte fortbestehe, käme dem Schuldner ebenso unerwartet, wie dem Gläubiger, eine solche einseitige Begünstigung des Schuldners sei dem allgemeinen Rechtsbewusstsein fremd.“[2]) Hauptsächlich trifft diese Vorschrift dritte, z. B. Bürgen, den Eigentümer der für eine fällige Forderung verpfändeten Sache, nicht so sehr den Schuldner.

Der Begriff der Sicherheit muss nach der konkreten Sachlage beurteilt werden; die reale Sicherheit durch Pfand, Hypothek ist im Zweifel als grösser anzusehen, wie eine verbürgte Schuld, wenn es auch Fälle geben kann, in denen eine Hypothekenforderung wegen übermässiger Belastung des Grundstücks nicht einmal für sicherer zu erachten ist, als eine einfache Schuldscheinsforderung. Ob die einer kurzen Verjährung unterliegenden Forderung z. B. aus einem der in § 196 aufgezählten

[1]) a. a. O. S. 62.
[2]) a a. O. Bd. II. S. 673.

Geschäften minder sicher sei, als eine der regelmässigen Verjährungsfrist von 30 Jahren unterliegende, wird u. E. mit Recht bejaht von Schollmeyer, S. 288, Dernburg B. R. Bd. II. S. 266 und R. G. in Gruchot Bd. 29. S. 686.[1] Eine Forderung für die mehrere solidarisch haften ist sicherer, als eine einfache. Die möglichen Fälle lassen sich nicht erschöpfend aufzählen, die Sicherheit muss festgestellt werden unter Berücksichtigung aller rechtlich und wirtschaftlich in Betracht kommenden Umstände.

Sind die Schulden gleich sicher oder unsicher, so ist im Interesse des Schuldners auf die Lästigste anzurechnen. Als lästigere muss die Schuld gelten, die ein „diligens debitor" wahrscheinlich zunächst hätte tilgen wollen und zwar weil ihre Nichterfüllung ihm den grössten rechtlichen Nachteil bringen würde.[2] Es ist hier stets ein individueller Massstab anzulegen und besonders gearteten Verhältnissen Rechnung zu tragen. Das sächs. G. B. § 980 bestimmt als lästige die rechtskräftig zuerkannte Schuld, ebenso Seufferts Archiv Bd. 15, S. 16, die durch Pfandrecht oder Bürgschaft gesicherte, gegenüber derjenigen, bei welcher dieses nicht der Fall ist,[3] während Stammler[4] meint, „dieses seien alles Schulden, welche dem Gläubiger grössere Sicherheit böten, man müsse hier an Besonderheiten im Orte der Leistung u. dgl. denken." Wenn Schulden solcher Art auch dem Gläubiger grössere Sicherheit bieten, so hat der Schuldner doch ein Recht darauf,

[1] Plank steht dieser Ansicht, wie immer angegeben wird, nicht direkt entgegen, er sagt nur S. 178, eine verjährte Schuld könne man nicht als eine Schuld betrachten, die dem Gläubiger geringere Sicherheit biete, als eine nicht verjährte. Gegen ihn Breit, a. a. O. S. 128 ff. Matthias, a. a. O. S. 423. Siehe S. 45 dieser Arbeit.

[2] l 97. D. 46. 3.

[3] Seufferts Archiv, Bd. X. S. 23. Schollmeyer, S. 288.

[4] a. a. O. S. 220.

diese hier zur Verrechnung gebracht zu sehen, wenn die ihm aus der Nichtzahlung drohenden Nachteile grösser wie bei einer anderen Schuld sind. Ebenso ist lästig eine Schuld, für die er in eigenem Namen haftet, im Gegensatze zu der aus der Bürgschaft, oder für die noch andere haften. „Daher ist die Zahlung eines offenen Handelsgesellschafters im Zweifel nicht auf die Gesellschaftsschulden, sondern auf die persönliche Schuld desselben zu beziehen.“[1]) „Im Konkurs privilegierte gehören nicht zu den lästigeren,“[2]) im Gegensatze zu den Wechselschulden, „wegen der Strenge und des raschen Verlaufs des Wechselprozesses.“[3])

Die sub poena kontrahierten sind lästiger wie die rechtskräftig entschiedenen Forderungen, denn ein Schuldner, der eine Strafe verfallen lässt, erleidet damit sofort einen Vermögensnachteil, während sonst die Gefahr einer Schädigung durch Pfändung erst droht; verzinsliche sind vor unverzinslichen als bezahlt anzunehmen; die Last, die in der Zinsverbindlichkeit auf der Schuld ruht, ist ausschlaggebend.

Sodann kommt die ältere Schuld — vetustior contractus — an die Reihe, denn es entspricht meistens beider Interessen und dem einer geordneten Wirtschaft, dass die ältere Schuld vor der jüngeren bezahlt werde. Der Gläubiger ist so vor Verjährung geschützt und hat keine Veranlassung, deswegen den Schuldner zu verklagen, welchem dadurch die Prozesskosten erspart bleiben.

Das Alter bestimmt sich entgegen dem A. L. R. I. 16, 158, für welches der Fälligkeitstermin massgebend war, folgend dem gemeinen Rechte l. 97. D. 46. 3. nach dem Entstehungstermine.[4])

[1]) Cohn in Endemanns Handbuch. Bd. III. S. 1014.

[2]) R. O. H. G. Bd. 22, S. 66.

[3]) Seufferts Archiv, Bd. 15. S. 193.

[4]) Vgl. auch Staudinger, Erl. zu § 366. Anm. 1e. Plank, a. a. O. S. 147; a. M. unbegreiflicherweise Dernburg, B. R. S. 266 ganz dem Wortlaut des Gesetzes entgegen.

Hat keine der vorhandenen Forderungen einen Anspruch auf vorzugsweise Berichtigung, so tritt die „aus praktischen Gründen sich wenig empfehlende“[1]) verhältnismässige Verteilung der gezahlten Summen auf sämtliche fällige Forderungen ein. Zwar ist diese Bestimmung willkürlich, denn die Beteiligten werden eine solche Verrechnung fast niemals beabsichtigen, aber sie ist die einzig denkbare.[2])

Weil bei einer nach § 271 II vorzeitig erfüllten Leistung die Rückforderung nach § 813 II ausgeschlossen ist, kann der Gläubiger nach der Tilgung aller fälligen Forderungen einen Ueberschuss auf etwa noch nicht fällige Posten anrechnen und u. E. auf alle verhältnismässig, da sich keine andere Anrechnungsweise aus dem Gesetze konstruieren lässt, man müsste sonst der Anrechnung die Absicht der Parteien zu Grunde legen, der es sicherlich meistens entspricht, die am frühesten fällige Forderung tilgen zu wollen. Bei der aufschiebend bedingten Forderung besteht kein Anspruch auf Erfüllung, das bedingt übertragene Recht ist noch nicht erworben, § 158 I, daher kann hierauf nicht angerechnet werden, während bei der auflösenden Bedingung in der Schwebezeit die rechtliche Wirkung da ist, also eine solche bedingte Forderung gleich den unbedingten behandelt wird.

Es muss auch die Unstreitigkeit als allgemeines Erfordernis für die Forderungen, welche bei der Tilgung berücksichtigt werden sollen, aufgestellt werden.“ Aber nicht genügt einfaches Bestreiten des Schuldners, um jede Forderung von der Verrechnung auszuschliessen; denn dann gäbe man dem Schuldner die Macht, die Verrechnung ganz nach seiner Willkür zu gestalten. Ebenso sehr würde es der Gerechtigkeit und der grade in dem Bestimmungsrecht liegenden begünstigten

[1]) Motive, Bd. II. S. 88.

[2]) s. auch Henrici in Iherings Jahrb. Bd. 14, S. 478. Anm. 48.

Stellung des Schuldners widersprechen, wenn alle vom Gläubiger behaupteten, von ihm zur Zeit der Zahlung nicht bestrittenen Forderungen als unstreitig, d. h. vom Schuldner als anerkannt anzusehen seien. So kommen wir ungefähr zu ähnlichem Resultate wie Rogge:[1] „als unstreitig kann nur die Schuld gelten, welche zur Zeit der Zahlungsleistung zu Recht bestand und keiner begründeten Einrede des Schuldners ausgesetzt war.“[1]

Ebenso wie die bestrittenen werden wir wegen Gleichheit des Grundes die illiquiden, die nicht sofort klarzustellenden, erst durch ein gerichtliches Verfahren festzustellenden Forderungen zu behandeln haben, denn „sind erstere ihrer Existenz nach ungewiss, so sind die letzteren es ihrem Umfange nach.“[2])

Rogge[2]) will die klaglosen ebenso behandeln wie die klagbaren Verpflichtungen in der Reihenfolge der Anrechnung. Er selbst macht aber schon Ausnahmen in den Spiel- und Wettschulden, aus demselben Grunde müsste er auch die Heiratsvermittlung (§ 656) und das Differenzgeschäft (§ 764) ausnehmen. Aber wenn er juristisch konsequent bleiben will, so müsste er alle diese Forderungen, aus denselben Erwägungen heraus, die ihn veranlassen, die verjährten zuzulassen, auch mit in Betracht ziehen. Denn bei ihnen kann das Geleistete, selbst wenn es ohne Kenntnis der Einrede bewirkt wird, nicht mit der condictio indebiti zurückgefordert werden. „Diese ist unter allen Umständen ausgeschlossen,“[3]) Aber u. E. würde es ganz § 157 „Verträge sind so auszulegen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern“ widersprechen, wollte man dem Gläubiger gestatten, also sofort unter den minder sicheren die Naturalforderungen

[1]) a. a. O. S. 33.
[2]) a. a. O. S. 60 ff.
[3]) Matthias, S. 321 Stammler, S. 29.

zu verrechnen;[1]) solches wäre doch eine verkehrte Sozialpolitik, die Rogge ja so gern treibt. Zwar nach Tilgung der klagbaren Forderungen kann der Rest zur Aufhebung dieser verwandt werden. Also auch, wenn es unterlassen wird, die zu tilgende Forderung — sei es durch den Schuldner, sei es durch Vereinbarung — zu bestimmen, sind durch § 366 II solche Vorschriften geschaffen, welche sich mit dem Bestimmungsrecht des Schuldners in Einklang halten, insoweit in ihnen nicht so sehr das Interesse des Gläubigers, sondern das Interesse und der mutmassliche Wille des Schuldners als ausschlaggebend anzusehen ist.[2])

Um nun zu sehen, wie das G. B. zu der Schaffung eines einseitigen Bestimmungsrechtes mit seinen Einschränkungen gekommen ist, und ob es mit diesen Vorschriften das Richtige getroffen, wollen wir uns den geschichtlichen Werdegang ansehen und dann vergleichend Rückschau halten.

Der Titel de sol. Dig. 46, 3 insbesondere in l. 1 -8, 97, 101 erörtert, wie Zahlungen anzurechnen sind. Diese Sätze, die von Ulpian, Paulus, Papinian als Schlussfolgerungen aus der Absicht der Parteien und dem regelmässigen Gang der Geschäfte hingestellt waren und durch Justinians Kodifikation zum Gesetze erhoben wurden, geben dem Schuldner das einseitige den Gläubiger bindende Bestimmungsrecht, trifft derselbe bei

---

[1]) Vgl. Plank S. 147, 178. A. M. Breit, a a O. S. 128, Matthias, S. 423. Breit sieht ein, dass eine solche Subsumption von der IIten Kommission nicht beabsichtigt ist und Matthias, a a. O S. 423 Note 2 ist zweifelhaft. Dernburg S. 266. Note 1 spricht von einer eher verjährenden Forderung, nicht verjährten Forderung. S. 294 spricht er bei der Aufrechnung von bereits verjährter Forderung S. 264 verjährte Zinsen kommen nicht in Betracht.

[2]) Vgl. Plank, S 147 No. 3 A. M. Meissner, a. a. O. S. 74 No. 2 die Vorschrift des § 366 Abs. II entspricht dem Interesse und sonach dem mutmasslichen Willen des Gläubigers. Vgl. Breit, a. a. O. S. 130. Matthias, S. 423, Note 2.

der Leistung keine Bestimmung, so geht das Bestimmungsrecht auf den Gläubiger, welcher „rem debitoris ita agere, ut suam ageret“, [1] „nur wie sie ein ordentlicher und seine Angelegenheiten im Auge behaltender Schuldner getroffen hätte. [2] Während nun ein Teil der modernen Gesetzgebungen dem gemeinen Recht folgen, so code civil Art. 1253, sächs. G. B. § 977, haben einige die Entscheidungen der römischen Juristen missbilligt und deshalb verworfen, so das A. L. R. I 16, §§ 150 ff. das östreich. G. B. §§ 1415, 1416. Diese lassen in erster Reihe das Uebereinkommen entscheiden, fehlt solches, so bleibt es bei einer innerhalb einer Frist unwidersprochen gebliebenen Bestimmung. Gegen eine solche Bestimmung, welche einem innerhalb gewisser Frist nach geleisteter Zahlung erklärten Widerspruche des Gläubigers rechtliche Wirkung beilegt, wendet sich mit Recht Gruchot [3] „es werde damit die Rechtwirksamkeit des thatsächlich abgemachten Zahlungsgeschäftes eine Zeitlang in der Schwebe erhalten und dem Gläubiger anheimgegeben, die Entscheidung darüber bis ins Ungewisse hinauszuschieben.“ Eine solche Bestimmung kann am wenigsten den Bedürfnissen des Rechtsverkehrs entsprechen, und den Bedenken Henricis [4] „eine Gesetzgebung, die von den für die rechtliche Beurteilung der Zahlung geltenden Grundsätzen abweichend, der einseitigen Bestimmung des Schuldners eine den Gläubiger bindende Bedeutung beilegen möchte, würde dadurch eine innerlich unhaltbare Satzung sanktionieren“ vermögen wir uns daher nicht anzuschliessen. U. E. hat sich das G. B. die klare Vorschrift der l. 11. D. 46, 3 „est in arbitrio solventis dicere, quod potius voluerit solutum, et quod dixerit, id erit solutum mit Fug und Recht zu Eigen

[1] l. 1. D. 46, 3.
[2] Dernburg, Pand S. 156.
[3] Zahlung der Geldschuld S. 224.
[4] Iherings Jahrb. Bd. 32. S. 109.

gemacht, wenn es auch dadurch mit dem allgemeinen Prinzip brechen musste. Denn dem Gläubiger verschafft die Erfüllung immer gewisse Vorteile, er wird des Beweises der Forderung überhoben und braucht zur Erlangung des ihm Gebührenden nicht mehr des unbequemen, unsicheren Weges der gerichtlichen Hülfe sich zu bedienen, und so kann es ihm weniger darauf ankommen, welche Forderung, als dass überhaupt eine getilgt wird. Ganz anders die Lage des Schuldners, ihm entzieht jede Zahlung einen Teil seines verfügbaren Vermögens, ist ihm daher eine Last, und vor allem kann es in seinem Interesse liegen, grade eine bestimmte Schuld, die für ihn besonders drückend ist, vor allen anderen getilgt zu sehen. Wohin ein den Gläubiger nicht schlechthin bindendes Bestimmungsrecht führt, zeigt folgendes Beispiel. Bei Annahme unter Widerspruch würde die bestimmte Schuld nicht getilgt und dem Schuldner stände wegen nicht erreichten Zweckes die condictio ob causam datorum § 812 I Satz 2 — zu, der gegenüber der Gläubiger ohne weiteres auf irgend eine ihm zustehende Forderung aufrechnen könnte, während der Schuldner nur nach § 396 aufrechnen könnte. Ein solches Ergebnis, wo indirekt es in die Hand des Gläubigers gelegt sei, welche Forderung getilgt werden solle, zu entscheiden, widerstreitet aber dem Rechte und der Billigkeit und es empfiehlt sich vom praktischen Standpunkte, zur Vereinfachung des Rechtes und zur Abschneidung von Streitigkeiten den Gläubiger, welcher eine ihm vom Schuldner zur Tilgung einer aus mehreren Schulden angebotene Leistung annimmt, so zu behandeln, als ob er auch zu der Bestimmung der Leistung zugestimmt hätte und einen dagegen erhobenen Widerspruch nicht zu beachten, indem „auf diese Weise das Erfüllungsgeschäft im Interesse des Rechtsverkehrs in zweckmässiger Weise rasch und sicher zum Austrag gebracht wird.“ [1]

[1]) Motive Bd. II, S. 86.

Aber wenn der Schuldner auf sein Recht verzichtet, oder aus Nachlässigkeit, Unkenntnis u. s. w. von demselben Gebrauch zu machen unterlässt, ist es nicht Sache des Gesetzgebers, diesen so zu schützen, dass er das Versäumte nachholen kann, anderseits hat das G. B. Recht daran gethan mit dem Satze „quodsi debitor id non fecit, convertitur electio ad eum qui accepit“ [1] in all seinen verschiedenen Schattierungen, in seiner Beschränkung ein Nichts für den Gläubiger, — sehr treffend dagegen die Begründung zum ersten Entwurfe [2] „es sei widernatürlich, dem Gläubiger zuzumuten, die Bestimmung nur nach dem Interesse des Schuldners zu treffen, während solche im Gegensatze zu seinen eigenen stehen könnten,“ in seiner Absolutheit eine zu grosse Gefahr für den sorglosen Schuldner, wie für Dritte, gründlich aufzuräumen. Und u. E. hat es in treffender Weise in seinen Anrechnungsregeln den Willen des Schuldners aus dem Gesichtspunkte der diligentia diligentis patrisfamilias, der seine eigenen Interessen möglichst wahrnimmt, ergänzt, dabei aber auch zugleich den Gläubiger für das ihm versagte Recht in gewisser Beziehung entschädigt. [3]

Im Falle der Schuldner ausser der Hauptleistung Zinsen und Kosten zu entrichten hat, stellte der erste Entwurf in seinem § 268 keine Ausnahme von dem einseitigen Bestimmungsrechte des Schuldners auf und bezeichnet es „als Anomalie, mit dem im § 366 aufgestellten Grundsatze zu brechen. Der Gläubiger könne ja in den meisten Fällen eine solche Leistung als Teilleistung ablehnen“.[4] Aber hiergegen erhoben sich viele Bedenken, so Gebhart „Der Gläubiger kann höchstens

[1] c 1. C. de sol. 8. 43

[2] a. a. O. S. 30.

[3] Vgl. Matthias, S. 423, Plank, S. 147, Dernburg. B. R. S. 265 u. a.

[4] a a O. S. 270.

auf Grund von § 228 I Entwurf — § 266 — eine Leistung mit solcher Anrechnung ablehnen, allein da hier immer erst untersucht werden muss, ob die Zinsen und Kosten in der Hauptverbindlichkeit derart enthalten sind, dass sie einen Teil derselben bilden, wäre die klare Vorschrift des code civil Art. 1254 vorzuziehen, welche auch entschieden der Billigkeit entspricht. Der Gläubiger hat das grösste Interesse, dass zuerst die Akzessorien getilgt werden, so die Zinsen, schon wegen des einer Verjährung unterworfenen Anspruches. Die Aufnahme einer diesbezüglichen Vorschrift scheint von eminent praktischem Werte zu sein, und geeignet, viele Streitigkeiten abzuschneiden." Bei der zweiten Lesung sah man ein, „dass der Standpunkt des Entwurfes sowohl dem geltenden Rechte, als auch der Auffassung des Lebens und der Billigkeit widerspreche, die dem Schuldner nicht gestatten könne, das Kapital abzutragen, während er mit den Zinsen im Rückstand bliebe. Die in § 268 Satz 1 bestimmte Reihenfolge der Tilgung beruhe auf dem Verhalten, in welchem Kapital, Zinsen und Kosten nach ihrer Bedeutung ständen. Diesem Verhältnisse werde die in den Motiven Bd. II S. 86 gegebene Ausführung nicht gerecht." [1]) Man gab daher dem Gläubiger für den Fall, dass der Schuldner eine vom Abs. I abweichende Anrechnung treffen sollte, ein Ablehnungsrecht.

Schon früher haben wir gezeigt, welche Bedeutung demselben beizulegen ist. Deshalb scheint uns die jetzige Fassung des § 367 wesentlich dem natürlichen Rechtsgefühl und der Billigkeit entsprechender geworden zu sein, besonders mit Rücksicht auf das rechtliche und wirtschaftliche Verhältnis, in welchem Kosten und Zinsen zur Hauptleistung stehen; so bleiben Kosten und Zinsen nach § 4 C. P. O. unberücksichtigt bei der Wertsberechnung für die sachliche Zuständigkeit, vgl. C. P. O.

[1]) Protocolle, Bd. II, S. 674.

§ 99, K. O. § 63. Auch jeder ordentlicher Schuldner kann sich über diese Anordnung nicht beschweren; um seinen Kredit und guten Ruf aufrecht zu erhalten, muss er regelmässig und pünktlich seinen Zinsverpflichtungen nachkommen, wenn es ihm auch oft zu grossem Vorteil gereichen würde, das Geleistete auf das Kapital anrechnen zu können. Aber wenn man nur den letzteren Gesichtspunkt ins Auge fasste und als ausreichendes Motiv für den Gesetzgeber erachtete, würden die Interessen des Gläubigers in allzu hohem Masse verletzt. Die höchste Pflicht des Gesetzgebers „suum cuique tribuere, alterum non laedere" hat hier im Kampfe der Parteien mit Recht den Ausschlag gegeben. Das Angebot auf die Kapitalschuld vor Tilgung der Zinsschuld verletzt die Grundsätze des § 242, denn Zinsen haben die Bedeutung und Bestimmung einer Gegenleistung für die Nutzung des Kapitals, und es wäre eine Verletzung von Treu und Glauben, wenn der Gläubiger den Grundsätzen ordentlicher Wirtschaft zuwider zur Vermeidung der Verzugsfolgen eine Zahlung auf das Kapital vor Tilgung der rückständigen Zinsen annehmen müsste; damit gestattete man dem Schuldner, seinem Gläubiger den Zinsgenuss zu entziehen, denn so lange die Zinsgelder noch als rückständige im Vermögen des Schuldners sich befinden, so lange macht das Verbot des Anatokismos — §§ 248 I, 289 Satz I und H. G. B. § 353 — es dem Gläubiger unmöglich, von diesem Gelde Nutzen zu ziehen. Weil infolge solcher Erwägungen dem Gläubiger das Ablehnungsrecht gegeben ist, wird der Schuldner in seinem eigenen Interesse darauf achten müssen, nicht durch unzweckmässige egoistische Ausnützung seines — wenn auch abgeschwächten — Bestimmungsrechtes sich Gefahren herauf zu beschwören.

Die im vorstehenden entwickelten Grundsätze müssen natürlich auch entsprechende Anwendung finden auf den Eall, dass ein dritter, sei es als Vertreter, Geschäftsführer ohne Auftrag etc., eine Leistung, die nicht zur Tilgung aller Schulden hinreicht, macht, um die Verbindlichkeiten des Schuldners zu tilgen. Der Zahlender macht sich hier ev., indem er z. B. als Beauftragter von der Anweisung des Auftragggebers abweicht, schadensersatzpflichtig.[1])

Dagegen ist es eine vielumstrittene, u. E. von keinem ganz richtig entschiedene Frage, ob diese Regeln, die das Gesetz für den Fall einer freiwilligen Zahlung setzt, auch dann Anwendung finden, wenn der Gläubiger sich im Wege der Zwangsvollstreckung oder des Zwangsverkaufes Befriedigung zu verschaffen sucht, und der Erlös nicht zur Tilgung sämtlicher verhafteter Forderungen ausreicht.

Betreibt der Gläubiger mehrerer Forderungen die Zwangsvollstreckung nur wegen der einen, so ist natürlich die Aushändigung des Versteigerungserlöses an den Gerichtsvollzieher nur Zahlung auf die zur Zwangsvollstreckung stehende Forderung.

Betreibt der Gläubiger dagegen wegen aller seiner Forderungen oder doch wegen mehrerer von ihnen die Zwangsvollstreckung oder sucht sich durch Pfandverkauf selbst Befriedigung zu verschaffen, und reicht der beigetriebene Betrag nicht zur Tilgung aller Schulden hin, so kann er das Erlangte nach der herrschenden Meinung[2])

---

[1]) Vgl. Plank, S. 147 No. 4, Schollmeyer a. a. O. S. 87. Staudinger, a. a. O. S. 111. Schollmeyer, a. a. O. Anm. zu 366.

[2]) Windscheid, § 343. Vangerow, § 589, S. 204, Buchholz S. 348, Dernburg, Pfandrecht II. S. 214. Dernburg B. R. II, S. 265 Anm. 5.

anrechnen, auf welche er will, selbst auf eine natürliche Verbindlichkeit vor der juristischen. Teils stützt man sich dabei auf den Satz, „der Zahlende darf auf seinen Vorteil sehen", teils fürchtet man die Gefährdung des Realkredits. Aber bei nicht freiwilligen Zahlungen den Schuldner so völlig der Willkür des Gläubigers preiszugeben, können wir mit Rogge[1]) für keinen glücklichen Gedanken halten und abgesehen von den oben angeführten, u. E. fadenscheinigen Gründen findet solche Ansicht keinen Stützpunkt im Gesetze, weshalb diese Art der Befreiung von einer Schuld anderen Regeln unterstehen sollte, als die durch Zahlung.[2]) Daher auch Kiep,[3]) „wenn ein Pfand verkauft wird, welches für mehrere Forderungen haftet, so muss nach B. G. B. die gesetzliche Verrechnung eintreten, denn nach § 1247 gilt, soweit der Erlös reicht, die Forderung als von dem Eigentümer berichtigt und zwar berichtigt ohne Bestimmung über die Verrechnung, sodass §§ 366, 367 anwendbar sind." Im Falle des § 1239 I Satz 2, des § 817 III C. P. O. besteht das für das Pfand eintretende Surrogat in der Forderung des Eigentümers gegen den Pfandgläubiger auf den Preis der veräusserten Sachen. U. E. kann dann der Pfandgläubiger nach seinem Belieben, der Schuldner gemäss § 396 aufrechnen, beim Widerspruche treten dann die gesetzlichen Anrechnungsvorschriften in Kraft. Wird der Preis von einem dritten, der den Gegenstand erworben hat, in dem Zwangsverkaufe oder in der Zwangsversteigerung, entrichtet, der Erlös also in dem von dem Käufer übergebenen Geldstücken besteht, so gilt, soweit der Erlös

[1]) a. a. O. S. 53, es folgt aber auch gar nicht aus dem Gesetze, wie Rogge annimmt.

[2]) Ein grosser Teil der Litteratur will nur die Anrechnungsregeln des § 367 I, wie Matthias, S. 423, Meissner, S. 74, im Zwangsvollstreckungsverfahren praktisch werden lassen, andere, wie Plank S. 147, Staudinger, S. 110, auch § 366 Abs. II.

[3]) a. a. O. S. 401.

reicht, die Forderung als vom Eigentümer berichtigt; nach § 819 C. P. O. ist die Empfangnahme des Erlöses durch den Gerichtsvollzieher als Zahlung von Seiten des Schuldners anzusehen. Deshalb halten wir es nicht für angebracht, von der Zahlung abweichende Vorschriften anzuwenden und erst recht nicht, wie Schollmeyer S. 289, zwischen dem privaten Pfandverkauf nach den §§ 1228 ff. und der Versteigerung nach den §§ 814 ff. C. P. O. zu unterscheiden. Während beim Pfandverkauf der Schuldner regelmässig nicht in der Lage sein wird, sein Bestimmungsrecht auszuüben und daher regelmässig die gesetzlichen Anrechnungsregeln Platz greifen werden, könnte bei der Versteigerung der Schuldner sich auch dem Gerichtsvollzieher gegenüber, als dem Beauftragten[1] [2] des Gläubigers über die Anrechnung erklären. Die K. O. in ihrem § 48 schreibt daher in sehr überflüssiger Weise eine dem § 367 entsprechende Anrechnung vor, wenn Gläubiger „an einem zur Konkursmasse gehörigen Gegenstand ein durch Rechtsgeschäft bestelltes Pfandrecht haben".

---

[1] [2] R. G. E. Bd. 16, S. 396.

Wie bei der Aufrechnung die Anrechnung vor sich geht, „wenn der eine oder andere Teil mehrere zur Aufrechnung geeignete Forderungen hat", bestimmt § 396.

Das A. L. R. I, 16, § 375, code civil art. 1297 und das sächs. G. B.[1]) brachten in diesem Falle die gleichen Grundsätze, wie im Falle einer nicht alle Forderungen deckenden Zahlung zur Anwendung. Mochte der Schuldner erfüllen oder aufrechnen, in beiden Fällen hatte nach diesen Rechten die von ihm ausgehende Anrechnungsbestimmung die nämliche Wirkung, bei dem einen, so sächs. Recht, unbedingt massgebend, nach dem anderen, so preuss. Recht, war sie in ihrer Wirksamkeit vom Nichtwiderspruche des Gläubigers abhängig.[2]) Nach dem ersten Entwurfe des B. G. B. § 284 sollten ebenfalls die Vorschriften für die Zahlung entsprechende Anwendung finden. Hiernach sollte also die Bestimmung des Schuldners bei der Aufrechnungserklärung darüber entscheiden, gegen welche Forderungen des anderen Teiles die Aufrechnung erfolgen soll. Unterlässt aber der Schuldner eine Bestimmung zu treffen, so sollten durch die Aufrechnung seine Schulden in derselben Reihenfolge getilgt werden, wie im Falle der Zahlung. Und es hätten daher die bei dieser entwickelten Grundsätze entsprechende Anwendung gefunden. Der § 396 belässt es bei diesen Vorschriften für den Fall, dass der Schuldner eine Bestimmung nicht getroffen hat. Hat er aber eine Bestimmung getroffen, so ist die für diesen Fall geltende Vorschrift des Entwurfes durch § 396 dahin abgeändert, dass die Bestimmung nur massgebend sein soll, wenn der Gläubiger ihr nicht unverzüglich widerspricht. Diese Aenderung des ersten

[1]) Gemeinrechtlich ist es streitig, wie hier die Aufrechnung sich vollzieht.

[2]) Vgl. Breit, a. a. O. S. 122.

Entwurfes beruht auf einem von der 2. Kommission bei der Revision des Entw. II gefassten Beschlusse.[1]) Und zwar aus folgenden Erwägungen: Falls unter den mehreren Forderungen des Gläubigers sich eine bereits verjährte befindet, so könnte der Gläubiger unter den im § 390 Satz 2 bestimmten Voraussetzungen mit dieser gegen die Forderung des Schuldners aufrechnen. Da diese Aufrechnungserklärung aber öfters unterbleibt, so könnte eine unbedingt massgebende Bestimmung des Schuldners ev. dem Gläubiger dadurch, dass dieser seine Forderung gegen eine andere nicht verjährte aufrechnete, diese Möglichkeit entziehen, und hierin erblickte man eine Unbilligkeit gegen den Gläubiger.[2])

M. E. erreicht der Gesetzgeber aber seinen Zweck nicht.[3]) Widerspricht nämlich der Gläubiger unverzüglich der vom Aufrechnenden erfolgenden Bestimmung der durch die Aufrechnung zu tilgenden Forderung des Gegners, so sind die Gegenforderungen in der Reihenfolge kraft Gesetzes durch Aufrechnung getilgt, wie sie es in dem analogen Falle, wenn Zahlung vorläge, sein würden.[4]) Also zunächst die fällige Forderung, dann diejenige, welche dem anderen Teile geringere Sicherheit bietet, dann die dem Aufrechnenden lästigere, dann die ältere. § 396 soll nicht mehr und nicht weniger sein als die Parallele zu § 366, daher kann auch eine verjährte Schuld nicht als eine solche betrachtet werden, welche dem Gläubiger geringere Sicherheit bietet.[5]) Da aber eine nicht verjährte Forderung stets für den Schuldner lästiger anzusehen ist, als eine

---

[1]) Protocolle VI. S. 166. Vgl. ausführl. Geschichte dieser Aenderung bei Breit, a. a. O. S. 124 ff.

[2]) Vgl. Plank, S. 178.

[3]) Vgl. Plank, a. a. O., a. A. Breit, a. a. O. S. 127. Matthias, S. 440. Dernburg, B. R. S. 294.

[4]) Vgl. Matthias, a. a. O., Staudinger, a. a. O. S. 133.

[5]) A. M. Dernburg, Matthias, a. a. O. Breit, a. a. O. S. 129, Weitmann, Zeitschr. f. d. Civ.-Proz. Bd. 26, S. 29 ff.

verjährte, so kann auch der von Plank[1]) supponierte Fall niemals eintreten.[2])

Unterlässt der Gegner den Widerspruch, so gilt die Bestimmung des Schuldners, die ein Bestandteil der Aufrechnungserklärung ist; diese Bestimmung ist aber nicht ein Vorschlag, der durch die im Ausbleiben eines unverzüglichen Widerspruches liegende, stillschweigende Zustimmung des Gläubigers, zu einer Vereinbarung führt, sondern sie ist ein Ausfluss des im § 366 für den Schuldner konstruierten Rechtes.[3]) Nur der Aufrechnungsgegner kann widersprechen und nur dann, wenn er seinerseits mehrere Forderungen gegen den Kompensanten hat. Der Widerspruch ist wie die Anrechnungsbestimmung einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung, sie lässt aber die Aufrechnung unberührt, wendet sich nur gegen die Anrechnungsbestimmung.[4]) Um widersprechen zu können, muss dazu der Gegner zur Zeit der Aufrechnung unbedingt noch mehrfacher Gläubiger sein, oder genügt es, wenn er es ursprünglich war, später aber eine Abtrennung der einen oder anderen Forderung von seiner Person durch Cession oder Pfändung erfolgt ist, vorausgesetzt, dass die Abtretung oder Pfändung gemäss § 406, § 392 an der Zulässigkeit der Aufrechnung nichts ändert? Zwar spricht der Gesetzestext nicht für eine solche Auslegung, man wird aber annehmen können, dass ebenso wie der Schuldner durch die Uebertragung der Forderung nicht das bereits begründete Recht zur Aufrechnung verliert, auch mit der Abtretung oder Pfändung der Forderung

[1]) a. a. O.

[2]) Dass unsere Ansicht eine Unbilligkeit gegen den Gläubiger enthält und die Vorschrift des § 390 II illusorisch machen kann, leugnen wir nicht, vermögen aber aus der lex lata nichts anderes herauszulesen.

[3]) Vgl. Matthias, a. a. O. S. 440. Anm. 2. A. M. Örtmann a. a. O. S. 120. Dernburg B. R. S. 294.

[4]) Vgl. Matthias, a. a. O., Staudinger, a. a. O.

das Recht der Abwendung der Kompensation als Annex der Forderung mit auf den neuen Gläubiger übergeht.[1]) Aber noch in einer anderen Richtung dürfte das Erfordernis „der mehreren zur Aufrechnung geeigneten Forderungen“ vielleicht eine freiere Auslegung erfahren.[2]) Man wird nämlich dem Aufrechnungsgegner das Recht des Widerspruches auch dann zubilligen müssen, wenn ihm die mehreren Forderungen zwar nicht sämtlich gegen den Aufrechnenden zustehen, dieser aber kraft positiver Vorschrift, — so § 268 — zur Aufrechnung gegen eine Forderung befugt ist, die der Aufrechnungsgegner gegen einen dritten hat und er nunmehr gegen diese Forderung aufrechnet.[3]) [4])

Hat auch der aufrechnende Teil mehrere aufrechenbare Forderungen, so steht die Bestimmung darüber, welche von diesen Forderungen er zum Aufrechnen bestimmen will, seinem Belieben anheim, der andere Teil kann der getroffenen Bestimmung nicht widersprechen.[5]) Forderungen des aufrechnenden Teiles kommen aber nur zur Aufrechnung, wenn er es will, d. h. wenn er erklärt, mit ihnen aufrechnen zu wollen. Ohne oder wider seinen Willen kann auf Grund seiner eigenen Aufrechnungserklärung keine von seinen mehreren Forderungen als Erfüllungssurrogat zur Verwendung gelangen. Solange er die Forderung noch nicht bezeichnet, mit welcher er aufrechne und lässt sich auch

[1]) Vgl. Breit, S. 138.

[2]) Wenigstens müsste man hier Gesetzesanalogie treiben.

[3]) Vgl. Breit, a. a. O. S. 139.

[4]) Dass der Gegner die Aufrechnung durch die Einrede, wie Meissner S. 88 sagt, die zur Aufrechnung gestellte Forderung sei bereits früher aufgerechnet, vereitelt, ist natürlich, darin stimmen wir ihm aber nicht bei, dass der Gegner sich darauf berufen könne, die Kompensation sei vertragsmässig versagt oder beschränkt, und zwar aus den Gründen, die S. 19 ff. dieser Arbeit entwickelt sind.

[5]) Vgl. Staudinger, S. 133, Plank, S. 178.

nicht erkennen, welche seiner mehreren Gegenforderungen zur Aufrechnung verwendet werden soll, ist seine Erklärung bis zu ihrer Vervollständigung unwirksam.[1])

Schuldet der Aufrechnende dem anderen Teile ausser der Hauptleistung Kosten und Zinsen, so gilt die Aufrechnung gemäss § 367 I bewirkt, wenn der Aufrechnende bei der Aufrechnung nichts bestimmt. Eine anderweitige Bestimmung des Aufrechnenden ist gültig; der Gläubiger darf aber die Aufrechnung ablehnen, d. h. die Aufrechnung gilt in solchem Falle als nicht erfolgt. Der Widerspruch hat also nicht die Wirkung, wie im Falle des Abs. I, dass die Aufrechnung trotz der Bestimmung des Schuldners als in der gesetzlichen Reihenfolge erfolgt gilt.[2])

Ein Fall, wo § 396 vertragsmässig ausgeschlossen ist, liegt im Kontokorrentvertrage. Da die Kontokorrentisten durch den Kontokorrentvertrag die Vereinbarung getroffen haben, alle aus ihrem gegenseitigen Geschäftsverkehr entspringenden Forderungen periodisch zu verrechnen, darf während der Periode, ohne besondere Abrede mit der anderen Partei, nicht etwa ein Teil aus der Rechnung herausgenommen werden, sondern nur das Ergebnis der Abrechnung, — Saldo — welches sich durch gegenseitige Aufrechnung der ganzen Kredit- und Debetpostenreihe ergiebt, darf geltend gemacht werden und dies vor Schluss der betreffenden Rechnungsperiode nur nach vorhergehender Kündigung.[3]) [4])

[1]) so Dernburg, B. R. S. 294, Breit, a a. O. S. 136. A. M. Matthias, S. 440. No. 2, Staudinger, a. a. O. Örtmann, a. a. O. S. 120. § 396 ist allerdings ungenau gefasst, aber man muss sich vor Augen halten, dass § 396 eine Parallele zu § 366 ist, s. Dernburg, Breit.

[2]) so Plank, S. 178, Matthias, S. 440, Staudinger, S. 133, Dernburg, S. 294.

[3]) Litteratur und ausführliche Behandlung dieses Instituts s. Theusner, der Kontokorrentvertrag; Inaug. Dissert. Halle 1901

[4]) Aufrechnungsverträge liegen ferner der Skontration zu Grunde.

Zum Schlusse sei noch kurz die Frage gestreift, wie muss die Verteilung der Beweislast und die Art der Beweisführung geregelt werden, wenn der Gläubiger behauptet, mehrere Forderungen gehabt zu haben, von denen eine getilgt ist.

Reguliert sich die Beweislast verschieden, je nachdem der Schuldner die mehreren Forderungen anerkennt oder bestreitet?

Wird im ersteren Falle von ihm der Einwand erhoben, dass die geltend gemachte Forderung bezahlt sei und repliziert der Gläubiger das Vorhandensein mehrerer gleichartiger, den Betrag der gezahlten Summe übersteigender Forderungen, so hat der Beklagte die ordnungsmässige Bestimmung der Anrechnung oder vertragsmässige Einigung über dieselbe zu beweisen. Stützt er sich, weil angeblich beides nicht stattgefunden hat, auf die gesetzlichen Anrechnungsvorschriften der §§ 366 II und 367, so muss er behaupten und beweisen, dass die eingeklagte Forderung solche Eigenschaften hat, welche sie in der gesetzlichen Rangfolge den übrigen Forderungen bei der Tilgung voranstellen.[1]) Vom Gläubiger dagegen ist dessen etwaige Behauptung zu beweisen, dass ein die §§ 366, 367 ausschliessende Vereinbarung vorliege.[2])

Wie steht es aber mit der Verteilung der Beweislast, wenn der Schuldner die zweite Forderung bestreitet? Nach der einen, der überwiegenden Ansicht,[3]) die von dem Gesichtspunkt ausgeht, es handle sich hier um die

[1]) Vgl. Staudinger, a. a. O. S. 110. Entsch. des R. O. H. G. Bd. 10. S. 243.

[2]) A. M. Staudinger, S. 110.

[3]) Vgl. Gruchot, Zahlung der Geldschuld, S. 232. Voigtel, Busch, Archiv III, S. 220 (1864.)

Frage, wer die Existenz einer Forderung zu beweisen habe, fällt in solchem Falle dem Gläubiger als Sache seiner Replik die Last zu, zu beweisen, dass mehrere Forderungen vorhanden sind. Aber allein richtig sind u. E. die schlagenden Ausführungen Römers,[1]) nach denen auch hier der Schuldner beweisen muss, dass grade die eingeklagte getilgt. „Wendet z. B. der auf Zahlung eines Kaufpreises Belangte ein, die Forderung des Klägers sei getilgt, und erwidert dieser, das damals gezahlte Geld habe er nicht behufs Tilgung der Kaufpreisschuld, sondern behufs Tilgung eines jenem Kaufpreise gleich hohen Darlehens erhalten, so ist damit das thatsächliche Fundament der Einrede geleugnet, der Kläger leugnet die Tilgung der Kaufpreisschuld. Dass er Leistung einer Summe durch den Beklagten einräumt, ändert nichts, diese Leistung war Erfüllung der Kaufpreisschuld nur, wenn sie erfolgte mit dem erklärten Willen, grade die Kaufpreisschuld durch die Zahlung tilgen zu wollen. Die Erklärung dieses Willens gehört zum Fundament der Einrede, weshalb auch der Beklagte dieses beweisen muss.“[2]) „Sicherlich ist die Existenz einer Forderung nicht zu präsumieren, aber ganz falsch ist der Schluss, — also muss der Gläubiger, der der Einrede der Zahlung gegenüber geltend macht, die Zahlung sei erfolgt zwecks Tilgung einer anderen als der eingeklagten Schuld, die Existenz dieser anderen Forderung beweisen. Es wird nicht vermutet eine Mehrheit von Forderungen, aber auch nicht gegen eine Mehrheit von Forderungen. Es bedarf gar keiner Präsumtion, denn der Gläubiger ist eben nicht beweispflichtig hinsichtlich der Existens dieser anderen Forderung. Er stützt auf dieses Vorbringen keinen Angriff, er verneint blos eine Thatsache, welche unmittelbar zum Begriff der vom Beklagten vorgeschützten Einrede der

[1]) a. a. O. S. 44 ff.
[2]) S. 45.

Erfüllung gehört.“[1]) Auch die Furcht, dass das Anerkennen dieser von uns für richtig gehaltenen Ansicht den Schuldner oft in die Lage bringen müsse an den Gläubiger zweimal zu zahlen, tritt Römer[2]) einerseits mit dem Einwande entgegen, dass über die Richtigkeit der einen oder anderen Theorie nur wissenschaftliche Gründe entscheiden, dass aber anderseits zur Substantiierung der Zahlungseinrede genüge die Zuschiebung des Eides darüber, ob Kläger das Geld nicht mit dem Willen, dass dadurch die geklagte Schuld getilgt sein solle, empfangen habe.

So wird auch durch diese theoretisch allein richtige Verteilung der Beweislast die sonst glückliche Mitarbeit der den Gegenstand unserer Bearbeitung bildenden gesetzlichen Bestimmungen an der Lösung der sozialen Frage, die Stellung der wirtschaftlich Schwächeren zu sichern, zu heben, nicht zu Nichte gemacht.

---

[1]) S. 54.

[2]) a. a O. S. 55, 56.